

Nuovo codice dei contratti pubblici – D.Lgs. 50/2016: le principali novità

ATS Brescia

Avv. Maurizio Zoppolato

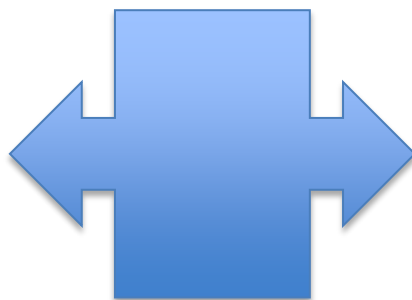
Brescia, 29 novembre 2016

L'origine, l'entrata in vigore e la disciplina transitoria

L'origine del Codice

L'origine del nuovo Codice

Direttive comunitarie
26 febbraio 2014



Riordino materia
D.Lgs. 163/2006
DPR 207/2010



Termine 18 / 4 / 2016

Nessun termine



Legge delega: 28 gennaio 2016



L'entrata in vigore e la disciplina transitoria

- Approvazione CDM 16 aprile 2016
- Pubblicazione: 19 aprile 2016 (testi difformi ed incompleti)
- Entrata in vigore: immediata
- Disciplina transitoria: art. 216: procedure e contratti i cui bandi siano pubblicati a partire dal 20 aprile 2016
- In attesa linee guida, vecchie disposizioni “a macchia di leopardo”
- Norme processuali di immediata applicazione



Totale paralisi degli appalti pubblici
Maggio 2016: -85% rispetto maggio 2015
Settembre 2016: -68% base annuale

Il ruolo di ANAC

Le molteplici funzioni

1. **Normativo:** le proposte di linee guida da recepire in Decreti Ministeriali (circa 35 – vedi prospetto)
2. **Regolatorio (?)**: linee guida (29)
3. **Indirizzo (?)**: raccomandazioni, linee guida non previste
4. **Compositore / Giudicante (?)**: pareri vincolanti su precontenzioso, ruolo di conciliazione in esecuzione
5. **Vigilanza / sanzionatorio**: su SOA, su imprese (Osservatorio), su procedure, su stazioni appaltanti
6. **Autorizzatorio / certificatorio**: rating di impresa / rating di legalità (AGCM) / stazioni appaltanti
7. **Procedurale**: albo commissari e relative nomine
8. **Camera arbitrale**: albo arbitri, nomine, segreteria
9. **Mediazione**: regolamento su precontenzioso comprende anche mediazione in controversie nella fase di esecuzione

Ceduto l'AVCPass al Ministero

L'obiettivo della semplificazione

- Riduzione articoli nel codice (da 257 a 220)
- Soppresso Regolamento

MA

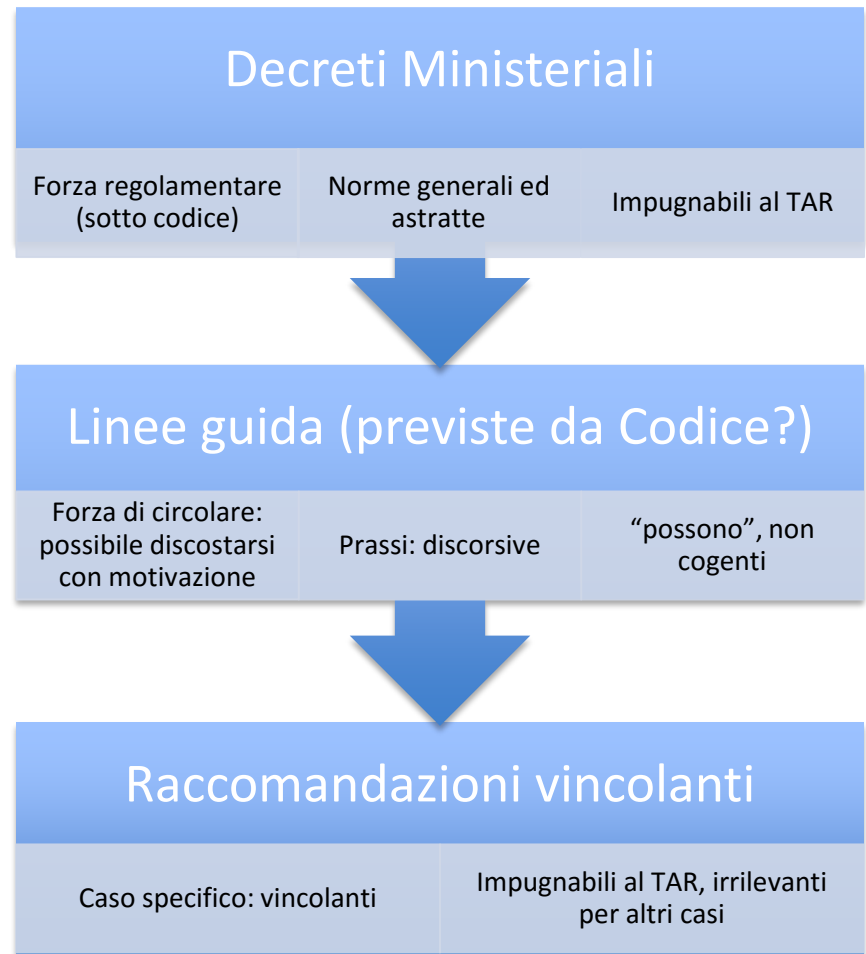
- Aumento commi e parole
- Oltre 60 provvedimenti attuativi, con diverso valore giuridico
- Confusione nella fase transitoria
- Dubbi sulla effettiva possibilità di gestione del sistema da parte di ANAC

Le linee guida

- L'obiettivo della "soft law"
- La collocazione nel nostro sistema giuridico (fonti di diritto costituzionali)
- Vincolatività o meno
- Impugnabilità al TAR o meno
- Stratificazione delle indicazioni

MA

- **Corte UE 2 giugno 2016:** cause di esclusione (ma anche regole di gara) chiare ed immediatamente conoscibili



Le comunicazioni ad ANAC

- Procedimentali (CIG)
- Pubblicazioni (art. 36 co. 9)
- Segnalazioni delle esclusioni
- Esiti delle procedure (Art. 98). Relazioni sulle procedure alla “Cabina di regia”, art. 99 co. 5
- Varianti
- Comunicazioni su richiesta (art. 213)

I nuovi requisiti di ammissione per gli appalti di lavori, servizi e forniture

Requisiti di ammissione alle gare

- Generali o “moralì” (art. 80)
- Requisiti di idoneità professionale
- Capacità economica e finanziaria
- Capacità tecniche ed organizzative
- Modalità di dimostrazione: Documento di Gara Unico Europeo (DGUE – DM 26/7/2016)
- Mancanza o incompletezza: soccorso istruttorio (generalizzato) con sanzione (Art. 83 comma 9)

Requisiti generali di ammissione

- Penali
- Interdittive
- Regolarità contributiva e fiscale
- Inadempimenti ed errore grave
- Fallimenti e procedure concorsuali
- Falsa dichiarazione

In particolare: penali

- Elenco reati specifici
- Incertezza su reati diversi (valutazione caso per caso?)
- Soggetti chiamati alla dichiarazione. In particolare, socio di maggioranza in società con meno di 4 soci
- Cessati dalla carica
- Dissociazione

Regolarità contributiva e fiscale

- Inosservanza obblighi fiscali (lettera g): violazioni “gravi”
- Obblighi contributivi “gravi”
- Rimessione UE dal TAR Lombardia (III, ordinanza 12 luglio 2012 n. 1969): sentenza della camera 10, in data 10 luglio 2014, C-358/12: non osta la normativa nazionale che prevede l’esclusione automatica per i mancati pagamenti sopra determinati importi, anche contenuti.
- Cons. Stato, Sez. V, ordinanza 11 marzo 2015 n. 1236 di rimessione alla Corte di Giustizia:
 - Rilevanza di inadempienze “storiche” ormai sanate
 - Causa di esclusione solo al momento dell’esclusione, mentre nell’ordinamento nazionale anche in momento diverso
 - Eliminazione della discrezionalità della stazione appaltante
 - Discriminazione delle imprese italiane rispetto alle comunitarie
- Nuova sentenza UE: rileva solo al momento dell’offerta

Inadempimenti e falsa dichiarazione

- Inadempimento ed errore grave
- Formulazione più ampia dell'errore grave (co. 5)
- Problema per l'impresa su risarcimenti contrattuali
- Influenza nelle decisioni: partecipazione riconducibile al medesimo centro decisionale (che però è anche causa autonoma di esclusione)
- La falsa dichiarazione: esclusione a prescindere dalla colpa, iscrizione per colpa grave

Fallimenti e procedure concorsuali

- Teorica esclusione (art. 80)
- Art. 110: possibilità richiesta curatore
- Passaggio in ANAC
- Possibilità avvalimento “in corsa”
- Disapplicazione...

MA

Incertezze applicative nei settori speciali dell'art. 110



pur rivolgendosi alle Stazioni appaltanti,
l'art. 110 non è richiamato dall'art. 114

Requisiti economici e tecnici

- Lavori: conferma qualificazione SOA
- La ripartizione in lotti (art. 51)
- art. 83 comma 4: fatturato minimo generale e specifico
- Comma 5: non superiore al doppio dell'appalto, salvo "circostanze debitamente motivate"
- Parametro valevole per ciascun lotto: la valutazione deve essere fatta al momento dell'aggiudicazione (e, al più, preclude l'aggiudicazione di più lotti), e non al momento della valutazione di ciascuna domanda per ciascun lotto
- Conti annuali e rapporto passività/attività
- Copertura assicurativa contro i rischi (novità assoluta)
- Requisito tecnico: personale

Il rating di impresa (art. 83 co. 10)

- Requisito di ammissione alle gare per capacità tecnica ed economico/finanziaria
- Rinvio a Linee Guida non recepite in DM
- Linee Guida inizialmente adottate
- Ipotesi ANAC: “patente a punti”
- Problema di applicazione alle imprese straniere
- Ulteriori problemi sotto molteplici profili (cause di esclusione tipiche, stabilite da direttive)
- Ritiro delle Linee Guida da parte di ANAC con nuova consultazione sin dall’origine

Le fasi di programmazione,
progettazione ed esecuzione dei
contratti

La programmazione nei servizi e nelle forniture

I programmi delle acquisizioni (art. 21):

- Programma triennale lavori pubblici (invariato)
- Programma biennale degli acquisti
- Beni o servizi pari o superiori a 40.000 €
- Attesa di un DM per acquisire i dati ed i criteri della programmazione

La progettazione

- Progetto di fattibilità tecnica ed economica
- Progetto definitivo
- Progetto esecutivo
- Attesa di DM; fino ad allora, reviviscenza norme del Regolamento sulla progettazione (art. 23 co. 3 e 216 co. 4)

Il divieto di appalto integrato

- “Appalto integrato”: contratto avente ad oggetto progetto esecutivo ed esecuzione lavori
- Gara su progetto definitivo al solo prezzo o migliorie: aggiudicazione e poi progetto esecutivo
- Differenza rispetto all’ “appalto concorso” con progetto esecutivo in gara
- Nuovo codice: separazione tra progettazione ed esecuzione
- Art. 59: a base di gara il progetto esecutivo

L'esecuzione (cenno)

- Abrogazione del regolamento: lacuna nella disciplina
- Rilevanza del contratto
- Invariate le figure dell'esecuzione: RUP, DL, Direttore dell'esecuzione

Subappalto (art. 105)

- Definizione di subappalto generale e poi specifica per i lavori
- 2% e 100.000,00 € solo per lavori
- Limite del subappalto al 30% del totale
- Indicazione nel bando (comma 4)
- Obbligatoria indicazione terna subappaltatori per appalti sopra soglia
- Art. 80 co. 5: esclusione anche se motivo “riferito a un suo subappaltatore”. Non coerente.
- Non più fatture quietanzate, ma pagamento diretto a determinate condizioni

Il subappalto nelle concessioni

- Dubbia qualificazione del subappalto nelle concessioni (spesso si tratta di appalto)
- Art. 174 Codice: le *“parti del contratto di concessione che intendono subappaltare”*
- Obbligo di indicare una terna di subappaltatori nelle concessioni sopra soglia, a condizioni
- In caso di terna, dimostrazione requisiti e possibilità sostituzione (vd. invece art. 80 per gli appalti)

Avvalimento (art. 89)

- Disciplina sostanzialmente invariata
- Sostituzione dell'ausiliario non idoneo
- Limite al subappalto 30% (art. 115 co. 5) per opere specializzate
- Questione dell'avvalimento per la certificazione di qualità

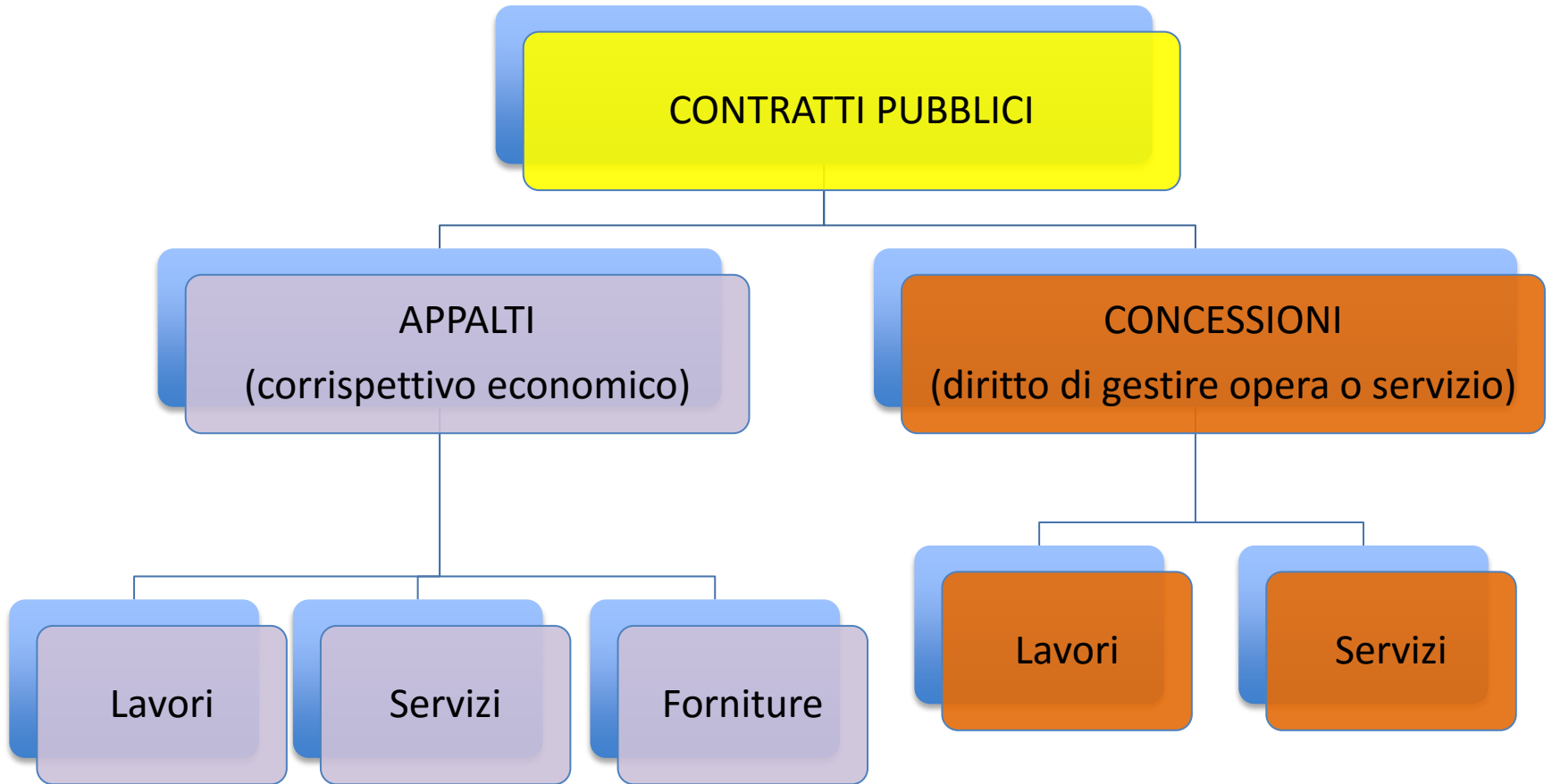
Le commissioni di gara

Le commissioni

- Valutazione qualità/prezzo
- 3 o 5 membri che lavorano anche telematicamente
- Non appartenenti a stazione appaltante, scelti con sorteggio da una lista doppia comunicata da ANAC
- Albo dei componenti delle commissioni
- Dubbi sulla pratica gestibilità del sistema

Le procedure di aggiudicazione

Appalti e concessioni



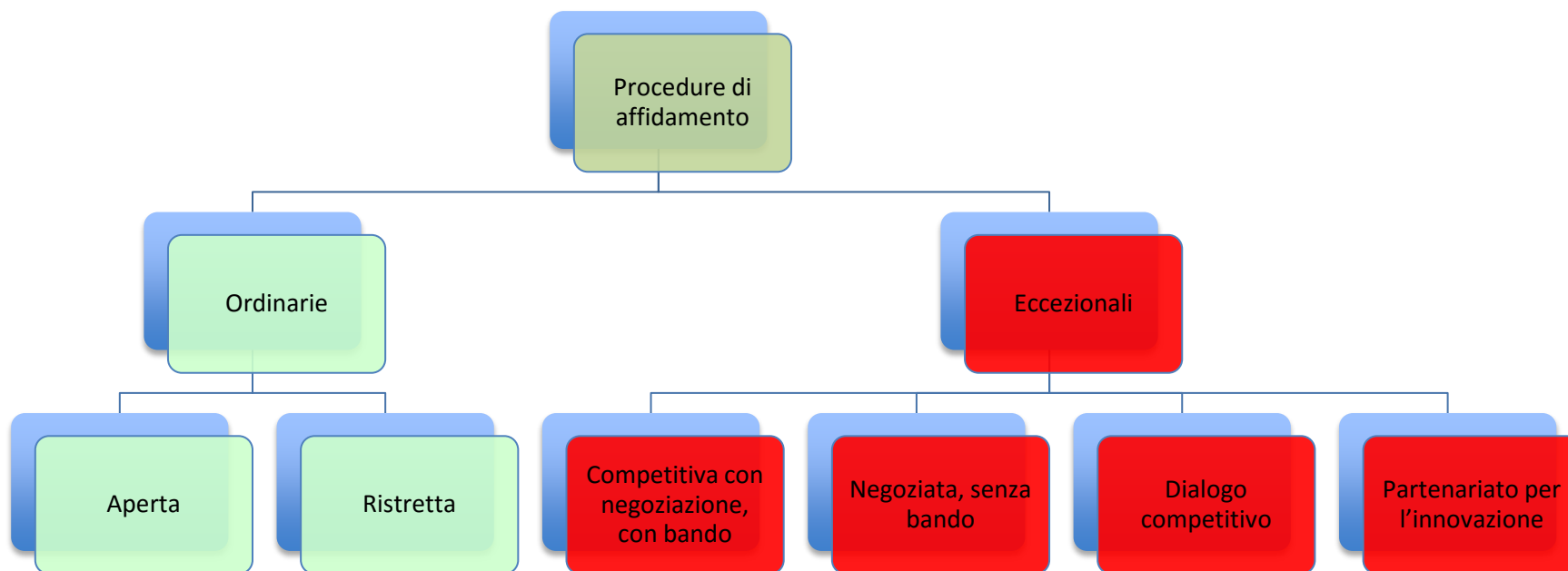
La c.d. soglia comunitaria (art. 35)

- Appalti nei settori ordinari:
 - 5.225.000,00 € appalti di lavori
 - 209.000,00 € appalti di servizi e forniture (135.000,00 per i ministeri)
 - 750.000,00 € appalti servizi sociali e altri servizi allegato IX
- Appalti nei settori speciali:
 - 5.225.000,00 € appalti di lavori
 - 418.000,00 € appalti di servizi e forniture
 - 1.000.000,00 € contratti di servizi, servizi sociali e altri servizi allegato IX

Dubbi su ultima previsione:

- “contratti” invece di “appalti”
- “servizi”: diversi da appalti di servizi di cui al punto precedente?

Le procedure sopra soglia



Le procedure ordinarie

Pubblicazione bando

Procedura aperta

Concorrenti presentano domanda di ammissione ed offerta

Valutazione offerta

Procedura ristretta

Concorrenti presentano domanda di ammissione - Fase di qualificazione

Lettera di invito agli ammessi, che presentano offerta

Valutazione offerte

Procedura competitiva con negoziazione (art. 62)

Bando

Domanda di partecipazione



Lettera di invito

Offerte iniziali



Negoziazioni

Offerte ulteriori fino alle finali

Dialogo competitivo (art. 64)

Bando – domande di partecipazione

Dialogo con ammessi per individuare i mezzi idonei a soddisfare le necessità della stazione appaltante

Eventuali fasi con riduzione del numero dei partecipanti

Conclusione del dialogo: invito a presentare offerte finali

Offerte e valutazione

Procedura competitiva con negoziiazione e dialogo competitivo

Condizioni: art. 59 comma 2:

- Non esistono soluzioni immediatamente disponibili;
- Necessità progettazione o soluzioni innovative
- Necessarie negoziazioni per natura oggetto
- Specifiche tecniche indeterminate
- Precedente gara con offerte irregolari o inammissibili (semplicemente, nuovo invito)

Procedura negoziata senza preventivo bando

- Eccezione ai principi generali
- Tassatività delle condizioni
- Casistica: art. 63 (precedente art. 57 vecchio codice)
- In particolare: i servizi complementari
- I rinnovi contrattuali
- Le proroghe tecniche (soppresso art. 125, oggi solo urgenza)
- Svolgimento della procedura: trattativa diretta, se unico fornitore, oppure individuazione offerenti liberamente scelti

Partenariato per l'innovazione

- Art. 65, di derivazione comunitaria
- Finalità: sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi, per poi acquistare il risultato
- Contorni incerti
- Negoziazioni

Disciplina contratti sotto soglia

Articolo 36 del Codice

Differenze per scaglioni di valore e per oggetto

Rapporto tra costi procedurali ed utilità nella
selezione (semplificazione)

Interesse delle imprese a ridurre la
competizione

Margini collusivi

La disciplina sotto soglia: lo scaglione di minor valore

- lavori, servizi e forniture sotto 40.000,00 €
- affidamento diretto, motivato
- linee guida ANAC n. 4: necessaria motivazione, non comparazione

Il secondo scaglione

- Lavori tra 40.000,00 € e 150.000,00 €
- forniture e servizi tra 40.000 € e 209.000 €
(appalti nei settori speciali: 418.000,00 €)
- servizi speciali fino a 750.000,00 € (un milione nei settori speciali)



procedura negoziata con almeno 5 operatori

I lavori di importo superiore

- Lavori tra 150.000,00 € ed 1 milione:



procedura negoziata tra almeno 10 operatori

Linee Guida: motivazione se > 500.000,00 €

- Lavori sopra 1 milione di Euro:



“procedure ordinarie”

La scelta dei contraenti

- Indagini di mercato o elenchi operatori
- Criterio di rotazione degli inviti
- Verifica dei requisiti solo per l'aggiudicatario
- Linee Guida ANAC per “supportare” le stazioni appaltanti, anche su indagini di mercato ed elenchi operatori
- Opportunità comunque elenchi operatori

I metodi di aggiudicazione

I metodi di aggiudicazione

Nuovo lessico (derivazione comunitaria): l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio generale

Possibili significati:

- **Rapporto qualità prezzo**
- **Valutazione solo economica**
- **valutazione solo della qualità, a prezzo/costo fisso**

Linee Guida n. 4, non previste dal Codice

La scelta tra le modalità

- Valutazione qualità / costo come criterio generale
- Ipotesi apparentemente tassative per aggiudicazione al solo costo
- Ipotesi in cui è imposta necessariamente la valutazione qualità/costo



- Possibilità al solo costo anche oltre le ipotesi?
- Formulazione art. 95 primo comma, apparentemente alternativa
- Linee Guida: al solo elemento economico qualsiasi appalto, con motivazione

L'aggiudicazione al prezzo più basso e l'esclusione delle offerte anomale

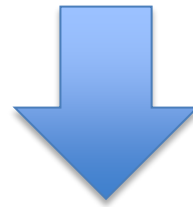
L'aggiudicazione al solo costo

Art. 95 comma 4:

- Lavori sotto 1 milione di Euro
- Servizi e forniture standardizzate o con condizioni “*definite dal mercato*”
Problema “standardizzate”: standard normativi, standard nella prassi (ma rientra in “*definite dal mercato*”) o standard nel capitolato prestazionale?
- Servizi e forniture sotto 209.000,00 € (settori speciali, 418.000,00 €) con elevata ripetitività

L'elemento "costo"

Critério di comparazione costo/efficacia quale costo del ciclo di vita



Costo di acquisizione (prezzo)

Costi di utilizzo (consumi)

Costi di manutenzione

Costi di fine vita (green procurement)

Art. 95 comma 2: apparente alternativa tra prezzo e costo

Comma 11, direttiva e art. 96: apparentemente tassativo

L'esclusione automatica (art. 97)

Applicabile sia negli appalti ordinari che nei settori speciali, per tutti gli appalti al prezzo più basso (84% del numero degli appalti di lavori)

NON OBBLIGATORIA

Metodo calcolo soglia: sorteggio tra 5 diversi prima apertura offerte:

1. Media mediata con taglio delle ali (attuale sistema)
2. Media aritmetica dei ribassi, con taglio ali, invariata se primo decimale pari, ridotta se primo decimale dispari
(percentuale sulla media o -1%, -3%, -5%, -7%, -9%?)
3. Media aritmetica % ribassi, senza taglio ali, incrementata 20% (es media sconti 30%, soglia anomalia 36%)
4. Media aritmetica dei ribassi in valori assoluti (cioè prezzi offerti, pare. Ma equivoco), senza taglio ali, decurtata 20% (es media prezzi offerti 800.000,00 €, soglia anomalia 640.000,00 €)
5. Media aritmetica dei ribassi con taglio ali, moltiplicata per coefficiente sorteggiato 0,6 – 0,8 – 1 – 1,2 – 1,4 (variazione +40% o – 40% della soglia di anomalia! Es media 30%, possibile 42% o 18%!!!)

Esempio di gara con esclusione automatica

Imprese	Offerte	Prezzi	Ribassi	
Base d'asta		1.000.000		
A	30,0%	700.000	300.000	
B	28,1%	719.000	281.000	
C	26,2%	738.000	262.000	
D	24,3%	757.000	243.000	
E	22,4%	776.000	224.000	
F	20,5%	795.000	205.000	
G	18,6%	814.000	186.000	
H	16,7%	833.000	167.000	
I	14,8%	852.000	148.000	
L	12,9%	871.000	129.000	
Media	21,45%	785.500	214.500	
Taglio ali	25,25%			

Risultati gara con esclusione automatica

METODO	SOGLIA ANOMALIA	IMPRESA	SCONTO	PEZZO
lett a)	25,25%	D	24,3%	757000
lett b)	25,25%	D	24,3%	757000
b modif (*)	20,50%	G	18,6%	814000
b modif (**)	23,99%	E	22,4%	776000
lett c)	25,74%	C	26,2%	738000
lett d)	171.600,00 €	H	16,7%	833000
lett e-1	15,15%	I	14,8%	852000
e-2	20,20%	G	18,6%	814000
e-3	25,25%	D	24,3%	757000
e-4	30,30%	A	30,0%	700000
e-5	35,35%	A	30,0%	700000

(*)ip primo decimale 5

(**) decimale 5, ma riduz. percentuale

Riflessioni sulla esclusione automatica

- affidamento a sorte (con sorte sulla sorte)
- Non elimina fenomeno accordi tra imprese (numero di chances da aumentare)
- L'alternativa: la verifica oppure la limitazione (anche con sorteggio) tra le domande di invito
- Incertezze applicative
- Non coerenza interna (ali fuori mercato o no?)
- Economicamente pregiudizievole per le stazioni appaltanti

La valutazione qualità-prezzo

Necessaria valutazione qualità/costo

Art. 95 comma 3

- Ristorazione
- Servizi sociali, assistenziali, scolastici
- Servizi di ingegneria ed architettura, altri servizi di natura tecnica ed intellettuale, sopra 40.000,00 €
- Servizi ad alta intensità di manodopera: inizialmente “art. 50 co. 2”, ma art. 50 unico comma... *“I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è almeno pari al 50% dell’importo totale del contratto”*



facility management, global service, ecc.

Elementi di valutazione

Art. 95 comma 6

- Qualità dell'offerta (anche certificazioni, errato il codice)
- Marchio di qualità ecologica (green economy)
- Costo di utilizzazione (consumi, emissioni, costi di mitigazione).
Riguardano elemento economico
- Compensazione emissioni gas ad effetto serra associate ad attività azienda
- personale effettivamente utilizzato: organizzazione, qualifiche, esperienza
- Servizio successivo
- Condizioni di consegna
- Comma 13: rating di legalità come criterio premiale, smentito da ANAC
- Comma 13: incentivi PMI e giovani come criterio premiale

La procedura

- La tassativa indicazione dei criteri da parte degli atti di gara
- Tassativa indicazione delle formule
- La forcella di punteggio (comma 8). Incertezze interpretative: parametrizzazione (ma già “*ponderazione relativa*”), indicazione punteggi minimi e massimi (inutile), rapporto minimo di ogni punteggio rispetto al migliore per essere “adeguato”?
- Possibilità di formulazioni non stringenti (comma 9; errato richiamo comma 7, comunque non di agevole applicazione)

La gara a prezzo fisso

La gara alla sola qualità e prezzo fisso

- Esperienze precedenti nella prassi: punteggio massimo ad un dato ribasso
- Comma 7: elemento costo fisso, competizione solo su qualità

Il Partenariato e le concessioni

Partenariato Pubblico Privato



Concessioni

Lavori

Oggetto principale: esecuzione dell'opera

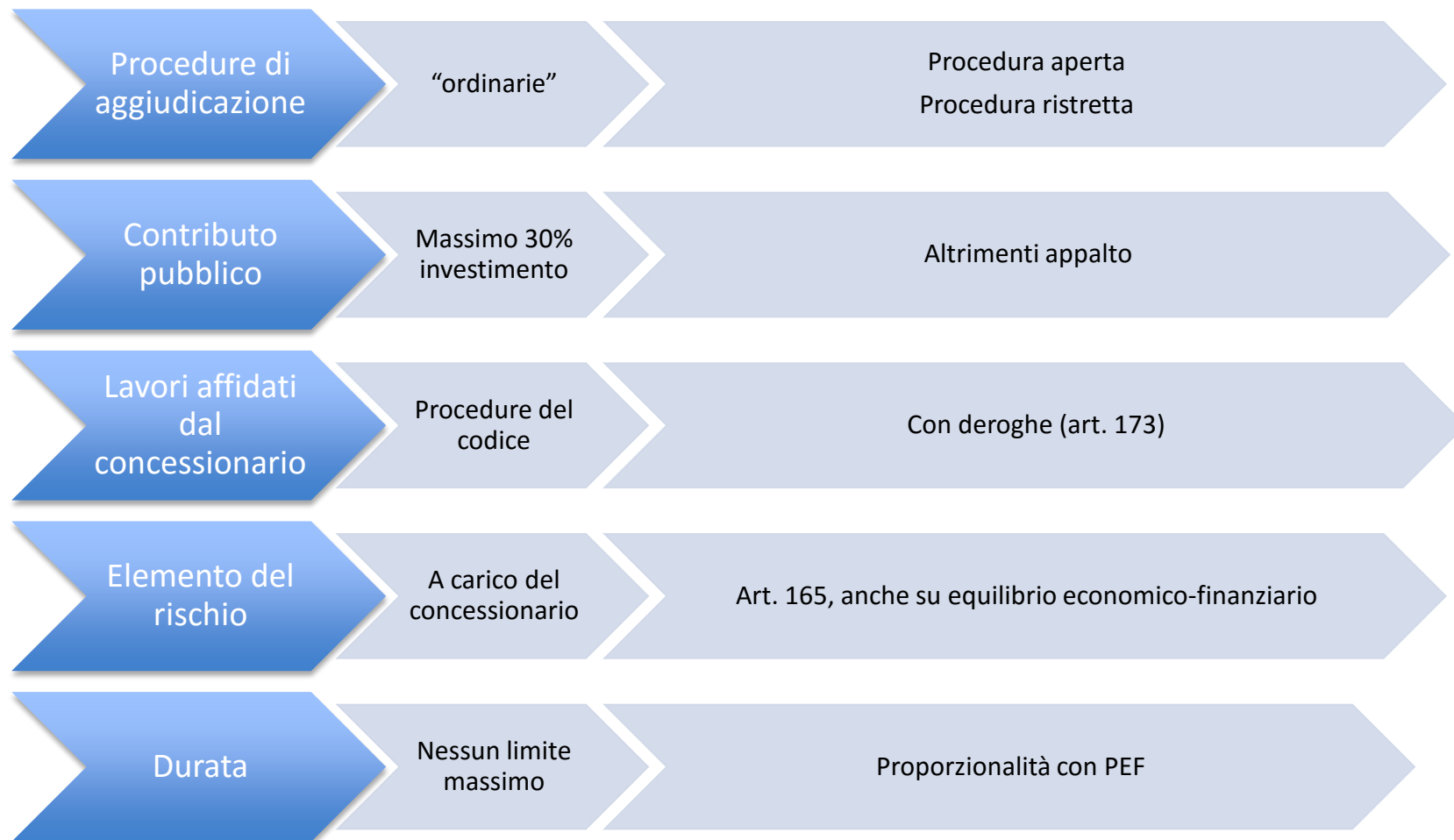
Corrispettivo: sfruttamento economico dell'opera (vendita dei servizi)

Servizi



Oggetto principale: prestazione del servizio

Corrispettivo: sfruttamento economico del servizio

La disciplina comune



L'elemento del "rischio"

- Art. 165: la maggior parte dei ricavi deriva dalla vendita dei servizi
 - "Rischio operativo": sul lato della domanda, o sul lato dell'offerta, o di entrambi, trasferito al concessionario;
- 
- Domanda: rischio di mancanza di utenza
 - Offerta: rischio costruzione o disponibilità (capacità di erogare le prestazioni contrattuali pattuite)
- 
- non è garantito il recupero di investimenti e/o costi;
 - Possibilità che, "*in condizioni normali*", variazioni di costi e ricavi possono incidere sull'equilibrio del PEF

Le procedure di affidamento

- Requisiti: libera indicazione del concedente
- Possibilità avvalimento
- Gara: deroga art. 95, principi generali art. 30
- Criteri di aggiudicazione prefissati
- Art. 173 co. 3: se offerta con soluzione innovativa e prestazioni straordinarie, modifica dell'ordine dei criteri di valutazione prefissati, con nuova lettera d'invito o nuovo bando. Procedura estremamente critica.

Le variazioni nelle concessioni

- Risoluzione della concessione se il contratto di finanziamento non viene perfezionato entro 12 mesi dalla stipula;
- Al verificarsi di fatti “*non riconducibili al concessionario*” che incidono sull’equilibrio del PEF, revisione del PEF;
- Qualora manchi accordo, risoluzione con pagamento opere ed oneri accessori

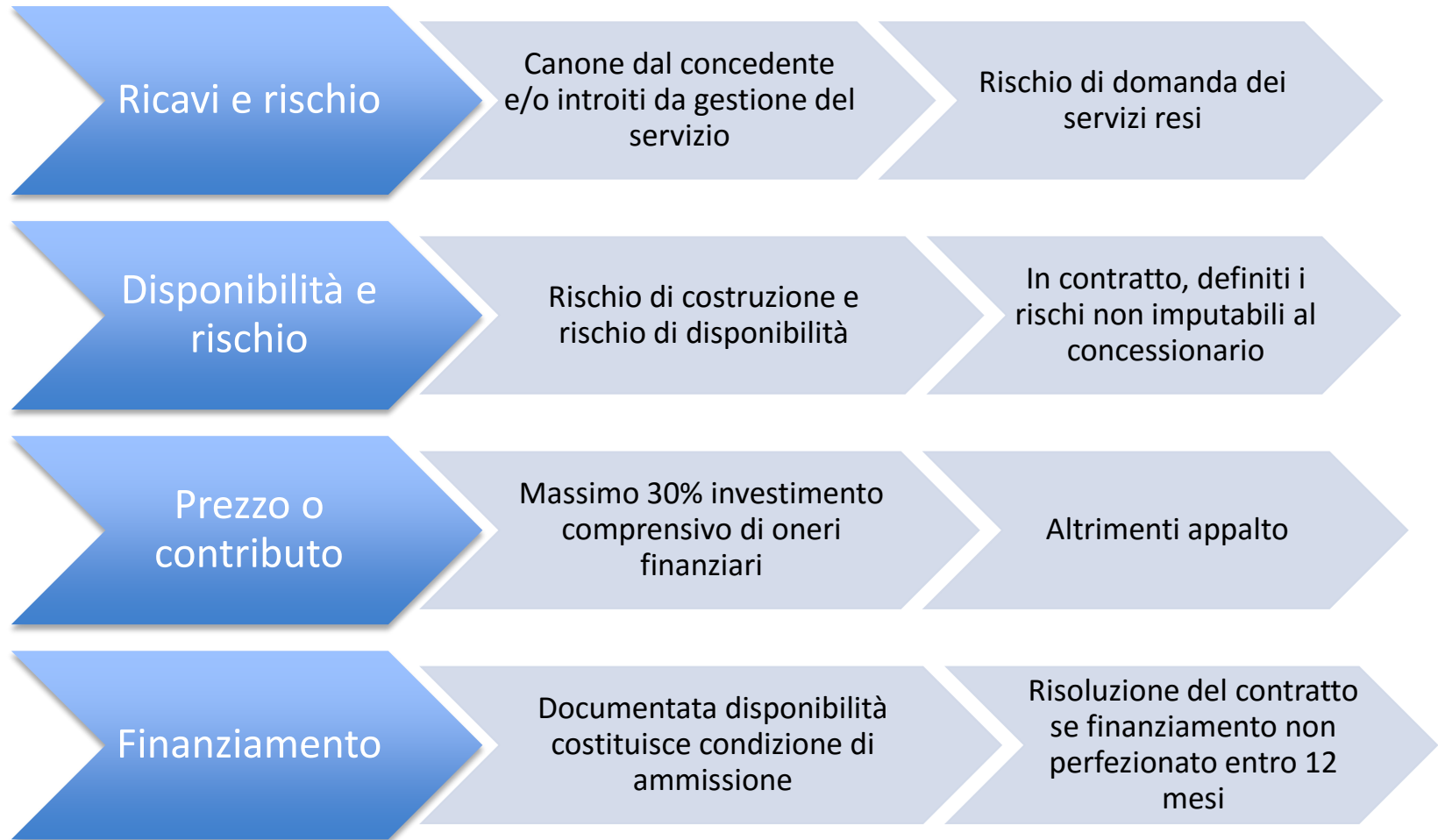
Le ulteriori variazioni (art. 175)

- Modifiche indicate nel contratto (max 50%)
- Lavori o servizi supplementari (max 50%)
- Necessità sopravvenute non prevedibili e che non alterano la natura generale della concessione (max 50%)
- Sostituzione del concessionario
- Modifiche non sostanziali (cfr. comma 7)

Il Partenariato Pubblico Privato

- Categoria comprensiva delle concessioni
- Art. 179: disciplina generale e applicabilità anche ai servizi
- Possibile affidamento anche della progettazione di fattibilità e della progettazione definitiva

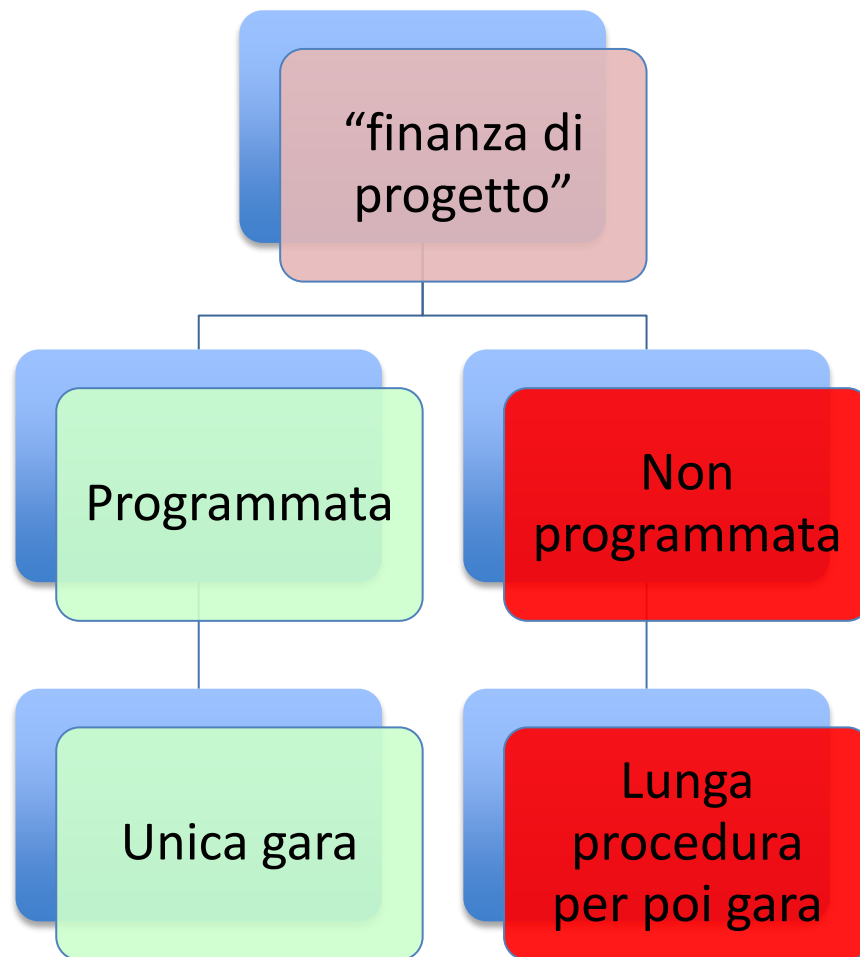
Caratteristiche del PPP



Procedure di affidamento

- Aperta, ristretta o dialogo competitivo
- Base di gara: progetto definitivo (salvo promozione)
- Scelta “preceduta da adeguata istruttoria” su domanda e offerta, PEF, ecc.

La promozione (art. 183)



Promozione programmata

Bando (con progetto di fattibilità)

Offerte con progetto definitivo e PEF asseverato

Valutazione su criteri predeterminati

Nomina del promotore: se non necessarie modifiche, concessionario

Se necessarie modifiche, richiesta al promotore. Se accetta, concessionario; se non accetta, richiesta al secondo in graduatoria, il quale se accetta versa al promotore le spese

Promozione non programmata

Proposta con progetto di fattibilità, PEF asseverato e cauzione (se non approvato, respinto)



Entro 3 mesi, valutazione della proposta con richiesta di eventuali modifiche (se non accolta richiesta, proposta respinta)



Inserimento in atti di programmazione e approvazione del progetto con eventuali ulteriori modifiche (se richiesta non accettata, proposta respinta)



Progetto a base di gara (promotore invitato, se non partecipa escussa fideiussione)



Offerte: convenzione, PEF, varianti



Se promotore non aggiudicatario, prelazione o rimborso spese