



IL CODICE DEGLI APPALTI E RAPPORTI CON LA COMMITTENZA PUBBLICA E PRIVATA

Il nuovo codice degli appalti, il ruolo dell'ANAC

Martedì 07 luglio 2020 , | Napoli

Ing. Carmine Gravino



L'ATTUALE QUADRO DEI CONTRATTI PUBBLICI È VASTO, COMPLESSO E SPESSO CONFUSO SIA SUL PIANO LEGISLATIVO, SIA A LIVELLO ATTUATIVO

GIURISPRUDENZA

LINEE GUIDA ANAC

ambito privatistico

D.LGS 50-2016 NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

DIRETTIVE UNIONE EUROPEA

REGIME TRANSITORIO

regolamentazione locale

LESSICO SPECIALISTICO

prassi codificate

ambito pubblicistico

NORME TECNICHE

DECRETI MINISTERIALI

DISPOSIZIONI ATTUATIVE

CRITERI AMBIENTALI



PREMESSA

**COSA REALMENTE CI SI
ATTENDE DALLA RIFORMA, AL
DI LA' DEL RECEPIMENTO
DOVEROSO DELLE DIRETTIVE
COMUNITARIE??**



PREMESSA

Ulteriore semplificazione delle fonti normative

(attualmente: Codice 257 artt. + Regolamento artt. 359 = 616) > **Oliveri G.** “Appalti: sarà vero rilancio?” (21/01/2016 - La Gazzetta degli enti locali).

“Gli osanna per la riforma riguardano, in particolare, l'alleggerimento sostanziale dei contenuti normativi, visto che si passerà da un coacervo di circa 600 disposizioni (tra d.lgs. 163/2006 e d.P.R. 207/2010) a massimo 200 articoli.... L'Anac, cioè, disporrà di poteri di regolazione, derivanti dalla configurazione dei propri pareri, bandi-tipo e delibere come “vincolanti” per le stazioni appaltanti. Invece, dunque, di centinaia di articoli di regolamento attuativo, avremo centinaia, se non migliaia, di pronunciamenti di vario tipo dell'Anac, spesso frutto di “confronti” e “negoziazioni” col “mercato”, delle quali non è dato percepire quanto sarà il peso delle lobby”.



PREMESSA

“Ritenere che un ordinamento si semplifichi perché cambia il tipo di “fonte”, ma alla nuova fonte si lasci uno spazio di intervento infinito e incontrollato (provi qualcuno a contare e riordinare le pronunce dell’Anac di questi anni) è semplicemente velleitario. Il rischio è una melassa di regole continuamente cangianti, difficili da ordinare in un sistema, molte delle quali saranno caratterizzate dalla deleteria prassi, propria di ogni sistema di soft law fondato su pareri, di essere pensate per situazioni specifiche, ma essere poi portare a regola generale ed astratta. Si pensi al sistema ormai non più sostenibile dei pareri delle sezioni regionali della Corte dei conti: una banca dati immensa, piena di avvisi fortemente contraddittori l’uno con l’altro, perché assunti in epoche diverse, sulla base di soggetti e problemi specifici e particolari, ma considerati come regole generali. Un caos”.



PREMESSA

Certo, la proliferazione delle norme non è garanzia di buona regolamentazione:

- “*Plurimae leges, corruptissima re publica*” (Tacito);
- “*Summum ius, summa iniuria*”(Cicerone);
- “*Le leggi inutili, indeboliscono quelle necessarie*” (Montesquieu).

Ma, occorre cercare di intendere cosa provocherà un Codice più snello, senza Regolamento attuativo!



PREMESSA

Rilancio dell'economia

“Soprattutto, l’attenzione entusiastica si è concentrata sulla capacità teorica della riforma di “rilanciare” gli appalti e di conseguenza il settore dell’edilizia, grazie alla maggiore linearità delle procedure, alla riduzione delle possibilità di bloccare le opere a causa dei ricorsi al Tar, la riduzione delle varianti in corso d’opera. Un primo elemento essenziale consiste nel prendere piena consapevolezza della reale efficacia della riforma degli appalti. Affermare che grazie alla nuova legge l’edilizia sarà rilanciata è suggestivo, ma nel concreto azzardato e, soprattutto, erroneo”.



PREMESSA

*“È chiaro che materie strettamente legate al sistema economico, come il lavoro e gli appalti, non possono risentire in via diretta e immediata di benefici derivanti dalla legislazione. **Per il rilancio del lavoro e degli appalti, settori fondamentali dell’economia, occorrono non leggi di regolazione, ma azioni di politica economica.**”*

Il sistema edilizio: scenari negativi

Le principali opere bloccate da giugno



**Rischio di perdere 4,3 miliardi di finanziamento Ue

Le difficoltà delle aziende italiane

Le prime 20 imprese di costruzioni per fatturato (milioni €)

Azienda	Fatturato 2016	Dipendenti
1 Salini Impregilo	6.125	30.598
2 Astaldi	3.004	10.866
3 Condotte	1.315	5.854
4 CMC	1.063	7.327
5 Rizzani	918	3.615
6 Bonatti	798	4.317
7 Pizzarotti	780	1.243
8 Itinera	700	1.263
9 Ghella	620	1.727
10 Trevi	617	6.089
11 Cimolai	539	1.214
12 Sicim	513	4.420
13 Grandi Lavori Fincosit	457	1.108
14 GCF	358	720
15 ICM	340	1.182
16 Unieco	273	398
17 Salcef	268	738
18 Colombo costruzioni	195	183
19 Renco	187	410
20 Mantovani	185	370

Fonte: elaborazione del Corriere della Sera



IL NUOVO CODICE

Gazzetta Ufficiale n. 91 del 19 aprile 2016 - serie generale, è stato pubblicato il **DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50**, contenente il **nuovo Codice dei contratti pubblici**. Precisamente: *"Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"*.



IL NUOVO CODICE

I PARTE: ambito di applicazione, disposizioni comuni, contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione della nuova normativa, norme sulla pianificazione, programmazione e progettazione e Principi comuni sulle modalità di affidamento;

II PARTE: soglie di rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia, qualificazione delle stazioni appaltanti, procedure di affidamento, aggiudicazione per i settori ordinari, esecuzione, appalti nei settori speciali, nei servizi sociali, nel settore dei beni culturali, nei concorsi di progettazione e di idee, nei servizi di ricerca e sviluppo ed in specifici settori



Principali novità introdotte dal nuovo Codice

- Flessibilità delle procedure di aggiudicazione (più aperture per procedure ristrette;
- Semplificazione e deprocedimentalizzazione delle procedure relative ad appalti sotto soglia;
- Introduzione del Partenariato per l'Innovazione;
- Rafforzamento delle misure di trasparenza e prevenzione;
- Qualificazione delle stazioni appaltanti;
- Nuova disciplina delle commissioni di gara (Albo dei commissari);
- Digitalizzazione integrale delle procedure (entro il 18.4.2018);
- Revisione dei requisiti di partecipazione nell'ottica del *favor* per le micro, piccole e medie imprese;
- Nuova disciplina del soccorso istruttorio;
- Introdotto l'obbligo di programmazione per forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro;
- Il progetto preliminare diventa il Progetto di Fattibilità Tecnica ed Economica.
- Abolito l'appalto integrato (le gare relative ai lavori si basano sul progetto esecutivo)
- Revisione dell'istituto dell'avvalimento nell'ottica di tutelare la stazione appaltante;
- Il Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa diventa quello ordinario;
- Sorteggio in sede di gara del metodo di determinazione dell'anomalia;
- Nuovo regime delle concessioni;
- Attenzione ai c.d. Appalti verdi (l. 221/2015);
- Clausole sociali;
- Rating reputazionale per le imprese, cui sono connesse penalità e premialità.
- Nuova disciplina delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione;
- Disciplinate le ipotesi di ricorso a professionalità esterne per ausilio RUP e progettazione;
- opere pubblica realizzate a totale carico di privati;
- Abolito l'incentivo del 2% per i progettisti interni alla P.A.;
- Abolito l'obbligo di cauzione provvisoria per incaricati di redigere il piano di sicurezza e coordinamento e di compiti di supporto al RUP;



I PILASTRI DEL NUOVO CODICE

1. Si **semplificano radicalmente le regole** che governano il settore: si passa dagli oltre 600 articoli del dispositivo codice+regolamento ai 220 articoli del nuovo codice senza più regolamento.
2. Per la prima volta saranno qualificate le **amministrazioni pubbliche che, se non avranno strutture adeguate, non potranno più esercitare le funzioni di stazioni appaltante e dovranno rivolgersi alle centrali di committenza (qualificazioni stazioni appaltanti).**



I PILASTRI DEL NUOVO CODICE

3. Si pone al **centro del sistema di regolazione** **l'Autorità anticorruzione** di Raffaele Cantone fino ad Ottobre 2019 e poi Francesco Merlone, che agirà non solo attraverso sanzioni ex post, ma anche ex ante attraverso atti di indirizzo, linee-guida, bandi-tipo e contratti-tipo secondo un modello di **soft law** più flessibile e facilmente aggiornabile delle norme regolamentari. Questa "centralità" dell'Anac ha un altro risvolto, oltre a quelli di regolazione e di deterrente dal crimine: il sistema avrà un garante e un promotore, un "**padre**" attraverso cui passerà l'attuazione delle norme.

4. Per la prima volta, **le imprese saranno qualificate e giudicate anche sulla base del loro curriculum** (premi per chi opera bene, penalizzazioni o addirittura l'esclusione per chi ha operato male; **Nuova qualificazione delle imprese**).



RUOLO CENTRALE ANAC

La parola "**ANAC**", all'interno dello schema di D.lgs., è presente ben 63 volte.

D'altra parte la maggiore novità che si riscontra nel nuovo Codice dei contratti è, proprio, la **centralità dell'ANAC** che gestirà tutte le banche dati del settore compreso tutti i nuovi albi previsti sia nella legge delega che nel D.Lgs. di attuazione e che ha il compito di predisporre le nuove linee guida che sostituiranno il Regolamento n. 207/2010.



La mission dell'ANAC

- Il decreto legge n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, sopprimendo l'AVCP e trasferendo le competenze in materia di vigilanza dei contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ha ridisegnato la missione istituzionale dell'ANAC. Questa può essere individuata nella prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione, nonché mediante attività conoscitiva.
- La chiave dell'attività della nuova ANAC, nella visione attualmente espressa è quella di vigilare per prevenire la corruzione creando una rete di collaborazione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche e al contempo aumentare l'efficienza nell'utilizzo delle risorse, riducendo i controlli formali, che comportano tra l'altro appesantimenti procedurali e di fatto aumentano i costi della pubblica amministrazione senza creare valore per i cittadini e per le imprese.



RUOLO CENTRALE ANAC

Enormi poteri:

- **Atti di regolazione** (Strumenti di regolazione flessibile > atti di indirizzo a contenuto generale, volti a fornire indirizzi interpretativi, indicazioni operative o modalità di attuazione delle disposizioni del Codice, linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo, capitolati-tipo, etc..).
- Garantisce la promozione dell'efficienza, la qualità delle attività delle stazioni appaltanti, la facilitazione allo scambio di informazioni.
- **Vigilanza nel settore**, con poteri di: controllo, raccomandazione, ispezione (avvalendosi della Guardia di Finanza e degli altri organi dello Stato), intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio.



RUOLO CENTRALE ANAC

- Vigila sui contratti pubblici.
- Vigila, affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario;
- Gestisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.
- Gestione della Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici.
- Gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici.
- Gestione dell'Albo Nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici.



RUOLO CENTRALE ANAC

- Segnala al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore;
- Formula al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore;
- Predisponde e invia al Governo e al Parlamento una relazione annuale sull'attività svolta evidenziando le disfunzioni riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni;
- Vigila sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori ed esercita i correlati poteri sanzionatori;
- Vigila sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie ed opera un controllo sulla corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile.



RUOLO CENTRALE ANAC

Quindi, appare evidente che il Legislatore punta sull'Autorità anticorruzione (Anac) per una completa attuazione delle direttive comunitarie del 2014 e per dare un'impronta diversa all'intero settore.

Qualsiasi innovazione resa possibile dalle direttive viene, infatti, filtrata attraverso l'Autorità, che è legittimata ad interpretare ed attuare norme e prassi dell'intero settore.

Lo spettro di intervento spazia dalla promozione dell'efficienza al sostegno allo sviluppo (con assistenza ai soggetti che chiedano ausilio); dalla facilitazione allo scambio di informazioni fino alla vigilanza sull'intero settore degli appalti e delle concessioni. Alla vigilanza si somma poi il controllo, unificando poteri di vasta latitudine, che la stessa legge 11 del 2016, all'articolo 1 lettera t), descrive elencando varie tipologie di intervento.



RUOLO CENTRALE ANAC

Effetti paradossali: L'effetto di flessibilità del sistema, che presumibilmente si intendeva conseguire, esce fortemente ridimensionato.

Infatti, il procedimento di emanazione di un decreto ministeriale avente natura regolamentare non è molto diverso da quello che presiede all'emanazione di un Dpr, che era appunto lo strumento che veicolava il regolamento attuativo del D.lgs. 163/2006 e che la legge delega ha voluto espressamente sopprimere. Cosicché sembra delinearsi una situazione in cui la novità introdotta rischia di tradursi più in un fatto nominalistico che in un profondo mutamento delle modalità di regolazione secondaria della materia dei contratti pubblici.



SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA

La necessità di stabilire dei “valori soglia”, in materia di appalti pubblici, nasce dall’esigenza di determinare ed individuare quale sia la disciplina specifica da applicare al caso concreto.

In buona sostanza, la “**soglia**” serve a distinguere se una data procedura di gara debba considerarsi di rilevanza comunitaria e, quindi, sottoposta alla disciplina delle direttive comunitarie oltre che del Codice di recepimento (**disciplina sopra soglia**), oppure se debba considerarsi sottoposta ad una distinta e peculiare (oltre che semplificata) disciplina (**disciplina sotto soglia**).



Soglie di rilevanza comunitaria

Tipologia contrattuale	SETTORI ORDINARI – Amm. agg. centrali	SETTORI ORDINARI – Amm. agg. sub-centrali	SETTORI SPECIALI
Appalti pubblici di lavori	5.225.000	5.225.000	5.225.000
Concessioni	5.225.000	5.225.000	5.225.000
Appalti pubblici di servizi e concorsi di progettazione	135.000	209.000	418.000
Appalti pubblici di forniture	135.000	209.000	418.000
Appalti di servizi sociali e di servizi elencati nell'all. IX	750.000	750.000	1.000.000



Contratti sotto soglia

IMPORTO DEL CONTRATTO	MODALITA' DI AFFIDAMENTO
LAVORI < 40.000	Affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta
LAVORI TRA 40.000 E 150.000	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 5 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, con rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta.
LAVORI TRA 150.000 E 1 MILIONE	Procedura negoziata previa consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti, con rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.
LAVORI \geq 1 MILIONE	Procedure ordinarie
SERVIZI E FORNITURE < 40.000	Affidamento diretto, adeguatamente motivato
SERVIZI E FORNITURE > 40.000 MA < ALLA SOGLIA COMUNITARIA	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 5 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, con rotazione degli inviti.



Art. 59 – scelta delle procedure

Le stazioni appaltanti possono utilizzare le seguenti procedure di aggiudicazione:

- a) procedura aperta;
- b) procedura ristretta;
- c) partenariato per l'innovazione;
- d) procedura competitiva con negoziazione;
- e) dialogo competitivo;
- f) procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Appalti di lavori: affidati ponendo a base di gara il **progetto esecutivo**, finalizzato a garantire la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti.

Divieto di appalti integrati: la progettazione e l'esecuzione dei lavori non possono essere affidate congiuntamente, salvi i casi di:

- affidamento a contraente generale;
- finanza di progetto;
- affidamento in concessione;
- partenariato pubblico privato;
- contratto di disponibilità.



CONTRATTI SOTTO SOGLIA

LA SCOMPARSA DELLE PROCEDURE IN ECONOMIA

*“Ai più attenti non sarà sfuggito che nel testo del nuovo codice dei contratti approvato di recente dal Governo manca qualcosa: un articolo o un comma o, comunque, una disciplina omologa a quella contenuta nell’articolo 125 del d.lgs 163/2006. In poche parole, **il nuovo codice dei contratti perde per strada la regolamentazione delle procedure in economia**. Né tale disciplina si potrà continuare a ricavare dal dpr 207/2010, abolito con la vigenza del nuovo codice, salvo in via transitoria le disposizioni indicate dall’articolo 216 del medesimo nuovo codice (su progettazione, lavori riguardanti i beni del patrimonio culturale, contabilità dei lavori e collaudi)” (L. Oliveri, Nuovo codice dei contratti: addio alle procedure in economia, 7 marzo 2016, “Appaltiecontratti”).*



CONTRATTI SOTTO SOGLIA

In particolare, **per le forniture ed i servizi, l'effetto che deriva dal nuovo codice è la sparizione totale della disciplina delle acquisizioni in economia.** Per quanto riguarda, invece, i lavori, resta una traccia nell'articolo 148, ove al comma 7 si prevede: *“L'esecuzione di lavori in economia è consentita nei casi di somma urgenza, nei quali ogni ritardo sia pregiudizievole alla pubblica incolumità o alla tutela del bene, fino all'importo di trecentomila euro, tanto in amministrazione diretta, che per cottimo fiduciario. Entro i medesimi limiti di importo, l'esecuzione in economia è altresì consentita in relazione a particolari tipi di intervento individuati con i decreti di cui all'articolo 146, comma 4”.* Sembra di capire, quindi, che saranno possibili in futuro **lavori in economia solo nell'ambito dei beni culturali.**



CONTRATTI SOTTO SOGLIA

Art. 36, comma 2: “Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 (*centrali di committenza*) e 38 (*qualificazione stazioni appaltanti e centrali di committenza*) e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all’affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 35, secondo le seguenti modalità:

- a) per **affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro**, mediante affidamento diretto, **adeguatamente motivato** o per i lavori in amministrazione diretta;



CONTRATTI SOTTO SOGLIA

«Per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, *adeguatamente motivato* o per i lavori in amministrazione diretta».

Come si motiva adeguatamente un affidamento diretto??



I NUOVI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ART. 95)

- **I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta.** Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte.
- Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa** individuata sulla base del **miglior rapporto qualità/prezzo** o sulla base dell'**elemento prezzo o del costo**, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita.



I NUOVI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ART. 95))

- Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:
 - a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera;
 - b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, di importo superiore a 40.000 euro;



I NUOVI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ART. 95)

▪ **Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:**

- a) per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo;
- b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- c) per i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'articolo 35 solo se caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo



LA PROGETTAZIONE

Nei lavori pubblici, la progettazione sarà articolata in tre livelli (art. 23):

- a) **Progetto di fattibilità tecnica ed economica;**
- b) **Progetto definitivo;**
- c) **Progetto esecutivo.**



Concludendo ...

Cosa ci dobbiamo aspettare? Nulla di buono.

L'ottimista dice **«questo è il miglior codice possibile»**

Il pessimista commenta **«Purtroppo!»**

Grazie per l'attenzione e la pazienza
BUON LAVORO e ... BUONA
FORTUNA