

The new “Procurement Code” (Italian)

March 9, 2016

Lo scorso giovedì 3 marzo - in esecuzione della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 -, il Consiglio dei Ministri ha approvato in via preliminare il Decreto Legislativo per l’attuazione delle direttive europee n. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Il testo – che dovrà essere sottoposto all’approvazione definitiva da parte del Governo entro il prossimo 18 aprile 2016, una volta espletati i necessari passaggi al Consiglio di Stato, alla Conferenza delle Regioni e alle Commissioni di Camera e Senato – determinerà, ove approvato ed una volta entrato in vigore, l’abrogazione dell’attuale Codice degli Appalti (i.e. d.lgs. n. 163/2006) e del relativo Regolamento (i.e. d.P.R. n. 207/2010, che – ad essere precisi – rimarrà in vigore relativamente ad alcuni capi nelle more dell’approvazione delle nuove linee guida che, per l’appunto, lo andranno a sostituire).

In una prospettiva generale, tra le novità più rilevanti introdotte dal nuovo Decreto Legislativo, si segnala, oltre al ruolo centrale attribuito all’ANAC (cui viene affidato un generalizzato potere di controllo e vigilanza in materia di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, oltre alla gestione delle banche dati e alla redazione delle linee guida sostitutive del Regolamento¹), l’istituzione di una cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri avente il compito di effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del nuovo codice appalti, di esaminare proposte di modifica normativa in materia e di promuovere un piano nazionale di procedure telematiche di acquisto.

A ciò si aggiungano le previsioni in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti (gli articoli 37 e 38 del Decreto Legislativo, infatti, disciplinano le fattispecie di aggregazione e centralizzazione delle committenze, così come l’istituzione, presso l’ANAC, di un elenco di stazioni appaltanti qualificate - di cui possono far parte anche le centrali di committenza² -, cui possono iscriversi le pubbliche amministrazioni “in rapporto alla tipologia e complessità del contratto e per fasce di importo”) e di creazione di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici³ di appalti pubblici e contratti di concessione (si vedano sul punto gli articoli 77 e 78 del Decreto Legislativo che consentono comunque – in deroga al citato obbligo – la possibilità per le stazioni appaltanti di nominare commissari interni nel caso si tratti di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di cui all’art. 35 o che non presentano particolare complessità). Così come in tema di rating reputazionale - mediante l’istituzione presso l’ANAC di un “sistema di penalità e premialità nei confronti delle imprese connesso a criteri reputazionali valutati sulla base di parametri oggettivi e misurabili nonché su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione degli appalti ad essi affidati” (il riferimento è all’art. 83, co. 10, del Decreto Legislativo ⁴) e di clausole sociali e criteri premiali (si veda l’art. 50 del Decreto Legislativo che consente di prevedere nei bandi delle clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato e la salvaguardia delle professionalità).

Entrando nel merito delle specifiche modalità di espletamento delle procedure ad evidenza pubblica, si elencano qui a seguire alcune delle principali novità introdotte dal Decreto Legislativo:

- La possibilità di affidare gli appalti cd. sotto soglia secondo le seguenti modalità:

- a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto adeguatamente motivato o per i lavori mediante amministrazione diretta;
- b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 per i lavori o inferiore alla soglia europea nel caso di servizi e servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici che, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti;
- c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 euro, mediante procedura negoziata, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;
- d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro mediante ricorso alla procedure ordinarie.

- L'obbligo per le stazioni appaltanti di suddividere gli appalti in lotti funzionali al fine favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese. La mancata suddivisione dell'appalto in lotti deve essere debitamente motivata nel bando o nella lettera di invito.

- La definizione del criterio di aggiudicazione dell'appalto (si veda l'art. 95). In particolare, il Decreto Legislativo stabilisce che 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 altra intensità di manodopera, come definiti all'art. 50, co. 2; b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, di importo superiore a 40.000 euro".

Il criterio del minor prezzo invece "può essere utilizzato:

- a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga 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 inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo".

- Il Building information modeling ("BIM"). L'art. 23, co. 13, del Decreto Legislativo prevede che "le stazioni appaltanti possono richiedere per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui al comma 1, lettera h. ... L'uso dei metodi e strumenti elettronici può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato e che dispongono di idonei sistemi di monitoraggio".

- Il Documento di gara unico europeo ("DGUE") ovvero – ai sensi dell'art. 85 del Decreto Legislativo – una "autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni:

- a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80 (in tema di motivi di esclusione);
- b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'art. 83 (in tema di requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professionali);
- c) soddisfa i criteri oggettivi fissati a norma dell'art. 91.

- La possibilità, in caso di avvalimento, di sostituzione dell'ausiliaria che non soddisfi i requisiti previsti dal bando. L'art. 89, co. 2, del Decreto Legislativo prevede che, in caso di avvalimento, la "stazione appaltante verifica ... se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistano motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistano motivi obbligatori di esclusione".

- La disciplina in tema di soccorso istruttorio. La mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE (con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica) obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento in favore della Stazione Appaltante della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro.

- La disciplina in tema di subappalto (si veda l'art. 105): istituto, questo, ammesso – previa autorizzazione della Stazione Appaltante – a condizione che:

a) tale facoltà sia prevista espressamente nel bando di gara anche limitatamente alle singole prestazioni e, per i lavori, sia indicata la categoria o le categorie per le quali è ammesso il subappalto (tutte le prestazioni, nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano sono subappaltabili);

b) che all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo;

c) che il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 89.

Non è più quindi previsto il limite del 30%, che trova applicazione solo nel caso di opere cd. specialistiche di cui all'art. 89, co. 10, del Decreto Legislativo.

Inoltre, ai sensi dell'art. 105, co. 6, è obbligatoria l'indicazione delle terna dei subappaltatori qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria un particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di rilevanza comunitaria.

- Il pagamento diretto del subappaltatore, del cottimista, del prestatore di servizi e del fornitore di beni o lavori. Ai sensi dell'art. 105, co. 13, del Decreto Legislativo la stazione appaltante è tenuta al pagamento diretto dei predetti soggetti nei seguenti casi: a) il subappaltatore o il cottimista è una micro impresa o piccola impresa; b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Infine – e senza pretesa di esaustività rispetto all'intera disciplina prevista dal Decreto Legislativo – merita segnalare:

- L'obbligo, ai sensi dell'art. 22, co. 2, del Decreto Legislativo, di ricorrere al dibattito pubblico per le grandi opere infrastrutturali aventi impatto rilevante sull'ambito, sulle città e sull'assetto del territorio.

- La disciplina in tema di lavori in house prevista dall'art. 177 del Decreto Legislativo, a mente del quale i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, sono obbligati ad affidare una quota di lavori pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relative alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, stabilendo che la restante parte possa essere realizzata da società in house per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica anche di tipo semplificato. Le concessioni già in essere si devono adeguare alle nove disposizioni entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore del nuovo codice.

- I partenariati per l'innovazione. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base ad una motivata determinazione essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti (si veda l'articolo 65 del Decreto Legislativo).

- Il recepimento – con riferimento ai contratti di concessione - del concetto di rischio operativo “riferito alla possibilità

che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario". Il rischio operativo da trasferirsi sul concessionario consiste, in altri termini, nel rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi. Si considera (e lo si legge nella relativa definizione prevista dall'articolo 3, co. 1, lett. zz) che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

[1] Si segnala in particolare l'articolo 213, co. 2, del Decreto Legislativo - ai sensi del quale "l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienze, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alla Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto della regolamentazione, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti" – nonché, in tema di cd. regolazione flessibile, il successivo co. 17, secondo cui "la fine di garantire la consultazione immediata e suddivisa per materia degli strumenti di regolazione flessibile adottati dall'ANAC comunque denominati, l'ANAC pubblica i suddetti provvedimenti con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento". Non solo. All'ANAC spetta anche l'emissione di un parere vincolate nell'ambito della fase di definizione stragiudiziale delle controversie (cfr. art. 211).

[2] E cui sono iscritti di diritto il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ivi compresi i provveditorati inter-regionali per le opere pubbliche, Consip S.p.A. nonché i soggetti aggregatori regionali di cui all'art. 9 del d.l. n. 66/2014 e le città metropolitane.

[3] Albo ad hoc è istituito anche per i soggetti che, nell'ambito di appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, possono ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, direttore dei lavori e collaudatore (cfr. articolo 102, co. 8, del Decreto Legislativo).

[4] Ai sensi del quale "rientra nell'ambito di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte dell'ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi".

Your Key Contacts



Ilaria Gobbato

Partner, Milan

D +39 02 726 268 00

M +39 33 894 456 67

Ilaria.Gobbato@dentons.com



Federico Sutti

Italy Managing Partner, Milan

D +39 02 726 268 00

M +39 33 563 605 66

federico.sutti@dentons.com