

Ar2

Francesco de Falco, Giuseppa Montalto

Nuovo codice degli appalti pubblici

Il decreto legislativo 50/2016

Prefazione di

Daniela Albanese

Maria Teresa Mincione





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVI
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Sotto le mura, 54
00020 Canterano (RM)
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-0005-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: dicembre 2016

Alla determinazione che nessuno ci spegnerà

Fra i diversi strumenti dell'uomo, il più stupefacente è il libro. Gli altri sono estensioni del suo corpo. Il microscopio, il telescopio, sono estensioni della sua vista; il telefono è estensione della voce; poi ci sono l'aratro e la spada, estensioni del suo braccio. Ma il libro è un'altra cosa: il libro è un'estensione della memoria e dell'immaginazione.

JORGE LUIS BORGES, *Il libro*

Indice

- 13 *Prefazione*
di Daniela Albanese e Maria Teresa Mincione
- 15 *Introduzione*
- 19 *Capitolo I*
La determina a contrarre
1.1. Introduzione, 19 – 1.2. Valore economico. Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia, 20 – 1.3. Criteri di selezione per il contraente, 22 – 1.4. Criteri di aggiudicazione, 22.
- 25 *Capitolo II*
Organi qualificati
2.1. Il responsabile unico del procedimento, 25 – 2.2. Requisiti del RUP nell'affidamento di appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture, 27 – 2.3. Ruolo del RUP nelle procedure di gara, 30 – 2.4. Valutazione delle offerte anormalmente basse, 30 – 2.5. Importo massimo e tipologia di lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il Progettista, con il Direttore dei lavori o con il Direttore dell'esecuzione del contratto, 31 – 2.6. Le Stazioni Appaltanti e le Centrali di Committenza, 32 – 2.7. La Cabina di Regia, 33.
- 37 *Capitolo III*
La procedura aperta ai sensi degli artt. 60, 95 e 35 del Codice
3.1. Offerta economicamente più vantaggiosa, 37 – 3.2. Il capitolato speciale d'appalto, 38 – 3.3. Il disciplinare di gara, 39 – 3.4. Le pubblicazioni, 39 – 3.5. I quesiti, 40 – 3.6. La commissione giudicatrice, 42 – 3.7. L'individuazione della commissione giudicatrice: l'Albo, 43 – 3.7.1. *Sezione ordinaria dell'Albo*, 47 – 3.7.2. *Professioni regolamentate*, 47 – 3.7.3. *Professioni non regolamentate*, 48 – 3.7.4. *Dipendenti pubblici*, 49 – 3.7.5. *Professori*, 50 – 3.7.6. *Sezione speciale dell'Albo*, 51 – 3.7.7. *Condizioni di iscrizione*, 52 –

3.7.8. *Modalità di iscrizione e di aggiornamento dell'Albo*, 53 – 3.7.9. *Le Sanzioni*, 55 – 3.8. La seduta di gara pubblica: Documento di Gara Unico Europeo, 55 – 3.8.1. *Lo svolgimento della procedura di gara ed il soccorso istruttorio*, 58 – 3.9. La valutazione degli elementi qualitativi: i criteri motivazionali, 61 – 3.10. La valutazione degli elementi quantitativi, 63 – 3.11. La riparametrazione, 65 – 3.12. La formazione della graduatoria, 66 – 3.13. Le offerte anormalmente basse, 67 – 3.14. L'aggiudicazione dell'appalto, 69 – 3.15. Il subappalto, 71 – 3.16. L'avvalimento, 72 – 3.17. Lo schema di contratto, 75.

77 Capitolo IV

La procedura aperta ai sensi degli artt. 60 e 97 comma 8 del Codice

4.1. Il criterio del minor prezzo, 77 – 4.2. Le pubblicazioni, 79 – 4.3. La commissione giudicatrice, 79 – 4.4. La seduta di gara: svolgimento della procedura di gara e soccorso istruttorio, 80 – 4.5. I criteri per l'individuazione delle offerte anomale, 83 – 4.6. L'esclusione automatica, 86 – 4.7. La formazione della graduatoria ed aggiudicazione dell'appalto, 86 – 4.8. Il subappalto nei casi di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35, 87 – 4.9. L'offerta economicamente più vantaggiosa per importi inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria, 87.

89 Capitolo V

La procedura negoziata ai sensi dell'art. 36 del Codice

5.1. Procedura negoziata previa pubblicazione del bando, 89 – 5.2. La procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro ed inferiore a 150.000,00 euro nonché per l'affidamento di contratti di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria: indagini di mercato ed elenco operatori economici, 92 – 5.2.1. *Confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati ed invitati nonché scelta dell'affidatario*, 94 – 5.2.2. *La stipulazione del contratto*, 96 – 5.3. Interpretazione applicativa per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata, 96 – 5.4. Utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'art. 63, 98 – 5.5. Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile ai sensi dell'art. 163, 99.

103 Capitolo VI

Affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria

6.1. Quadro normativo, 103 – 6.2. Principi generali, 104 – 6.3. Operazioni preliminari, 105 – 6.4. Gli affidamenti: incarichi di importo inferiore a

100.000 euro, 106 – 6.4.1. *Affidamenti di incarichi di importo inferiore a 40.000 euro*, 107 – 6.4.2. *Affidamenti di incarichi di importo pari o superiori a 100.000 e fino alla soglia comunitaria*, 107 – 6.4.3. *Affidamento di incarichi d'importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria*, 108 – 6.5. Indicazioni sull'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo: elementi di valutazione, 109 – 6.5.1. *Criteri motivazionali*, 112 – 6.5.2. *La riparametrazione*, 115 – 6.6. *Verifica e validazione della progettazione*, 117 – 6.7. *Accesso agli atti e riservatezza*, 120.

Allegati

- 127 Allegato 1
Schema di disciplinare per lavori in conformità alle soglie di rilevanza comunitaria
- 159 Allegato 2
Schema di disciplinare per lavori sotto la soglia di rilevanza comunitaria
- 179 Allegato 3
Schema di disciplinare per servizi e forniture in conformità alle soglie di rilevanza comunitaria
- 207 Allegato 4
Schema di disciplinare per servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria
- 245 Allegato 5
Modello di formulario per il documento di gara unico europeo (DGUE)
- 275 Allegato 6
Tabella di concordanza

Prefazione

DANIELA ALBANESE, MARIA TERESA MINCIONE*

Il dott. De Falco e la dott.ssa Montalto sono due giovani professionisti laureati in giurisprudenza. Grazie all'esperienza maturata in una nuova realtà professionale, quale quella del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e in particolare del Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, presso la sede centrale di Napoli, hanno acquisito nuove competenze e conoscenze nell'ambito delle procedure d'appalto.

A seguito dell'emanazione del nuovo Decreto Legislativo 50, pubblicato in data 18 aprile 2016, hanno redatto, su richiesta del Provveditore e in collaborazione con l'Ufficio di Coordinamento Generale della SUA Napoli, il presente volume, basato sull'iter procedurale delle gare d'appalto, soffermandosi sui punti salienti del nuovo Codice. Inoltre, hanno cooperato, con l'Ufficio suindicato, alla predisposizione degli schemi di disciplinare tipo per le varie procedure di gara.

Il volume ha come fonti normative non solo il nuovo Codice, ma anche una molteplicità di atti dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione, il d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 nonché il dlgs n. 163 del 12 aprile 2006 in quanto è stata svolta una comparazione tra quest'ultimo ed il Codice vigente.

Il volume si articola in due parti, la prima parte introduttiva, che definisce gli atti posti a base delle varie procedure nonché le figure caratterizzanti le stesse. La seconda parte entrando nello specifico, individua ed analizza le diverse procedure ed i criteri di aggiudicazione, fornendo un'analisi dettagliata per ogni contratto di concessione per l'affidamento di lavori, servizi e forniture.

Il volume offre anche degli spunti critici, rispetto all'applicazione del neo Codice con uno sguardo, a ciò che erano e ciò che sono, le criticità e le problematiche che ha tale materia.

* Funzionari amministrativi presso l'Ufficio Generale di Coordinamento Stazione Unica Appaltante per la Campania.

Introduzione

Con l'emanazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (nel seguito Codice) si è data attuazione alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione di 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 e si è proceduto al riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture. Tale dettame legislativo ha abrogato interamente il precedente Codice degli appalti, d.lgs. 163/2006, e gran parte del regolamento attuativo d.P.R. n. 207/2010, che davano esecuzione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. L'intento manifestato in sede di delega dal legislatore è stato quello di fornire un testo più snello nel presupposto che la semplificazione agevola la chiarezza e conseguentemente la limpida azione amministrativa e per far ciò ha ridotto gli articoli, dai 616 della vecchia norma comprensivi del Regolamento attuativo, agli attuali 220 ed ha previsto un regime regolatorio semplificato, inserendo un sistema di *soft-regulation*.

Il nuovo Codice non prevede, infatti, un Regolamento attuativo, ma sono stati previsti una molteplicità di atti, costituiti da linee-guida di carattere generale proposte dall'ANAC le quali sono:

- a) emanate con decreti del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, previo parere delle competenti commissioni parlamentari aventi carattere di veri e propri regolamenti, che seguiranno lo schema procedimentale disegnato dall'art. 17, legge n. 400 del 1988, ivi compreso il parere del Consiglio di Stato. La loro natura sostanzialmente normativa non li esime dalla possibile impugnazione, unitamente al provvedimento della Stazione Appaltante che ad essi dà attuazione;
- b) previste come atti regolatori di diretta applicazione, a carattere vincolante *erga omnes* emanati dalla stessa ANAC, come autorità indipendente, anch'esse impugnabili. La natura non regolamen-

tare di suddette linee-guida consente che la fase di attuazione delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che rinviano a esse non incontri i limiti che il sesto comma dell'articolo 117 della Cost. pone all'esercizio del potere regolamentare statale. Le linee-guida non vincolanti sono anch'esse atti amministrativi generali, con consequenziale applicazione dello Statuto del provvedimento amministrativo. Esse perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle Stazioni Appaltanti;

- c) pareri, con riferimento a fattispecie concrete ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 e, comunque, al di fuori dei casi in cui è previsto il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 dello stesso decreto il cui procedimento di attivazione è disciplinato dal Regolamento anac del 20 luglio 2016. Per questi ultimi che non sono vincolanti le Amministrazioni dovranno prevedere l'inserimento, all'interno degli eventuali provvedimenti di dissenso, di una adeguata motivazione che ne giustifichi la disapplicazione al caso concreto.

Non può sottacersi, in questa sede, che la materia degli appalti pubblici ha, in sostanza, sempre fruito di un regime regolatorio atipico poiché ruolo fondamentale nella materia hanno avuto sia la dottrina che le pronunce giurisprudenziali del Consiglio di Stato e dell'Adunanza Plenaria che, nel silenzio normativo, hanno colmato le lacune con pronunce eccellenti divenute consuetudine normativa.

Questa copiosa regolamentazione ha di fatto costruito un impianto prescrittivo tale da elevare il diritto degli appalti ad un vero e proprio ramo del diritto. Uno studio attento del nuovo testo normativo non può quindi prescindere da quanto acquisito dagli indirizzi giurisprudenziali, e le stesse linee guida soggiacciono a tali indirizzi non essendo data prerogativa di revocare in dubbio, ed in via amministrativa, le acquisizioni giurisprudenziali.

All'intento primo di semplificare la normativa corrispondono precisi obiettivi che il Codice si pone e che solo nel tempo si potranno realizzare, i quali potranno tradursi nella massima partecipazione delle piccole e medie imprese, nella trasparenza dell'azione amministrativa e nel *favor* attribuito all'elemento qualità che assurge ad elemento fondamentale per una buona politica economica e sociale ed attraverso il

leale assolvimento degli obblighi posti a tutela del conseguimento di detti obiettivi, giungere alla deflazione del contenzioso.

La previsione all'interno del Codice di circa 50 provvedimenti attuativi di diversa natura sembra contrapporsi all'idea di una regolamentazione semplificata ed efficiente; tuttavia, una puntuale disamina dell'impianto normativo che tenga conto nel complesso dello spirito e delle motivazioni che il legislatore già nella delega ha inteso affermare, potranno far comprendere agli operatori di settore che, nonostante le critiche intervenute da più parti, l'obiettivo finale è ambizioso ed è evidente che non può giungersi alla modifica di un intero sistema, poiché in questo si sostanzia il nuovo Codice, se non attraverso percorsi complessi.

Si rileva, inoltre, che il Regolamento attuativo 5 ottobre 2010 n. 207 non è stato interamente abrogato, restando in vigore sino al 31 dicembre 2016, le disposizioni riguardanti la disciplina del RUP, i contenuti della progettazione, il sistema di qualificazione delle imprese e SOA, lo scopo e la forma della contabilità, il collaudo, i lavori sul patrimonio culturale e sui beni vincolanti, le società tra professionisti, ingegneria e raggruppamenti di progettisti nonché i contratti da eseguire all'estero.

Le novità sostanziali apportate dal nuovo Codice, riguardano:

- a) l'introduzione di una Cabina di regia disciplinata all'articolo 212, con il compito di coordinare l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di norme e linee guida, nonché della loro omogeneità e correttezza giuridica, al fine di verificarne preventivamente l'impatto sulla legislazione vigente, assicurarne la tempestiva adozione e la coerenza reciproca;
- b) il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che diventa preferenziale nella scelta del contraente, ma anche obbligatorio in alcuni campi in cui è fondamentale l'utilizzo di manodopera nonché nei contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica;
- c) il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti così come disciplinato dagli articoli 37 e 38 del novellato Codice;
- d) la trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico, il quale viene reso obbligatorio per le grandi opere infrastrutturali aventi impatto rilevante sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio;

- e) il principio in materia di trasparenza, che prevede la necessità di avvisi continui sul profilo del committente, alla sezione “Amministrazione trasparente”, riguardanti le varie fasi del procedimento di gara;
- f) il progetto di fattibilità tecnica ed economica viene redatto sulla base di indagini territoriali con verifica dell’assetto archeologico e dovrà individuare, tra più soluzioni, quella più vantaggiosa in termini di costi e benefici per la collettività. Inoltre, è previsto che a base d’appalto sia posto esclusivamente il progetto esecutivo;
- g) il rating d’impresa, di derivazione tedesca, sulla base di indici qualitativi e quantitativi che tengano conto, in particolare, dei precedenti comportamentali dell’operatore, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione dei contratti, all’assenza di contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto;
- h) l’introduzione di molteplici procedure di dialogo pubblico–privato, quali la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo ed il partenariato per l’innovazione. In particolare, il partenariato pubblico privato, disciplinato all’art. 180, definisce un contratto tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall’operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall’effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell’opera o dal volume dei servizi realmente erogati;
- i) le funzioni del Responsabile unico del procedimento, in riferimento ai criteri di aggiudicazione, quale tra l’altro, l’introduzione del seggio di gara, per il criterio del minor prezzo, nei settori concernenti lavori, servizi e forniture.

Verrà di seguito svolta una puntuale disamina delle procedure necessarie all’indizione ed all’esperimento di una gara d’appalto sia essa di lavori, servizi o forniture e chiariti i compiti del Responsabile del procedimento che, anche nella novella normativa, resta figura cardine dell’intero processo.