

Direttiva n. 3/2016

Prot. _____ del _____

Ai Responsabili di Settore

E, p.c.

Al Sig. Sindaco

SEDE

OGGETTO: Prime indicazioni operative per la corretta applicazione del nuovo codice degli appalti (D. Lgs. 18.4.2016, n.50)

Si segnala che sulla Gazzetta Ufficiale del 19.4.2014 (S.O. n. 10/L) è stato pubblicato il decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 con il quale – in attuazione della legge 28.1.2016, n.11- si è provveduto a dare attuazione alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di appalto e di concessione, provvedendo contestualmente al riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Il nuovo codice "*disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi di progettazione*" (art. 1, comma 1).

Entrata in vigore

In base all'art. 220 il nuovo codice entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, quindi il 19 aprile 2016. Dalla medesima data risulta abrogato il vecchio codice approvato con il d.lgs. 163/2006 (cfr. art. 217, comma 1, lett. e), mentre il regolamento di cui al D.P.R. n. 207/2010 viene abrogato con decorrenza immediata solo in parte, e per il resto dalla data di entrata in vigore degli atti attuativi del codice, costituiti da decreti ministeriali e direttive o altri atti dell'ANAC (cfr. (art. 217, comma 1, lett. u).

Il nuovo codice, in linea generale, "*si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare offerte*" (art. 216, comma 1). La medesima norma, tuttavia, detta una articolata disciplina transitoria che fa salve –nelle more degli atti attuativi - sia alcune norme del vecchio codice sia alcune norme del regolamento o di altre disposizioni di legge pure abrogate.

Il nuovo sistema di abilitazione delle stazioni appaltanti

Nelle more di una lettura più approfondita e sistematica, per agevolare la quale si segnala la tabella di concordanza tra il nuovo e il vecchio codice con riguardo anche ai principi della legge delega e alle direttive europee pubblicata sul S.O. n. 11 alla Gazzetta Ufficiale del 19.4.2016, con la presente nota si intendono fornire alcune indicazioni operative circa l'assetto delle competenze allo svolgimento di procedure di individuazione di contraenti con cui stipulare contratti di concessione e/o di appalto di lavori, servizi e forniture.

La qualificazione obbligatoria

In primo luogo, si rileva che l'art. 38 ha dettato una puntuale disciplina sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, finalizzata alla costituzione da parte dell'Anac di un elenco delle stazioni appaltanti qualificate, che saranno abilitate ad effettuare procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture. In pratica, il principio generale è che oltre una certa soglia (di cui diremo innanzi) per poter effettuare procedure di affidamento le stazioni appaltanti devono essere in possesso di una qualificazione rilasciata dall'Anac. Le stazioni appaltanti che non sono in possesso della necessaria qualificazione procedono all'acquisizione di lavori, servizi e forniture in due modi: o ricorrendo ad una centrale di committenza oppure mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti in possesso della qualificazione obbligatoria (art. 37, comma 3). Il sistema di qualificazione sarà disciplinato da un DPCM da emanare entro 90 giorni dall'entrata in vigore del codice (art. 38, commi 2,3,4), ed è consentita anche una qualificazione con riserva "*finalizzata a consentire alla stazione appaltante e alla centrale di committenza, anche per le attività ausiliarie, di acquisire la capacità tecnica e organizzativa richiesta*" (art. 38, comma 7). La nuova disciplina sulla qualificazione obbligatoria delle stazioni appaltanti si applica anche alle centrali di committenza, le quali potranno essere abilitate in relazione al "*carattere della stabilità delle attività e il relativo ambito territoriale*" (art. 38, comma 2), in relazione ai parametri di cui al comma 4 dell'art. 38. La norma prescrive che dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione, l'Anac non rilascia il CIG alle stazioni appaltanti che non hanno conseguito la qualificazione (art. 38, comma 8).

La norma detta, tuttavia, una disciplina transitoria (art. 216, comma 11 : il riferimento al comma 10 contenuto nell'art. 38, comma 8 è un evidente refuso), secondo cui il requisito della qualificazione obbligatoria è assolto mediante l'iscrizione delle stazioni appaltanti all'anagrafe di cui all'art. 33-ter del d.l. 179/2012 e s.m.i. (AUSA).

Le soglie di competenza

Il sistema di qualificazione obbligatoria, tuttavia, si applica per i contratti di valore superiore ad € 150.000 in caso di lavori ed e 40.000 in caso di forniture e servizi. Al di sotto di tale soglia, si applica la disciplina di cui all'art. 37.

Essa consente alle stazioni appaltanti di procedere "direttamente ad autonomamente" ad acquisire forniture e servizi di importo inferiore ad € 40.000 e lavori di importo inferiore ad € 150.000. Al di sopra di tali soglie le stazioni appaltanti possono procedere autonomamente soltanto se in possesso della qualificazione, dovendo far ricorso in caso contrario ad una centrale di committenza ovvero alle forme di aggregazione con altre stazioni appaltanti qualificate. Il comma 4 dell'art. 37 disciplina in modo puntuale le modalità cui debbono far ricorso i comuni non capoluogo, confermando di fatto la disciplina previgente da ultimo dettata dall'art. 9, comma 4, del d.l. 66/2014 che è stato contestualmente abrogato dall'art. 217, comma 1, lett. ss) del codice (centrali di committenza o soggetti aggregatori qualificati, unione di comuni ovvero convenzione con altri enti per costituire centrali di committenza ovvero stazione unica appaltante presso gli enti di area vasta). Il comma 5 dell'art. 37, però, innova lo strumento della convenzione per la costituzione di centrali uniche di committenza tra comuni non capoluogo di provincia, prevedendo che con DPCM da emanare entro 6 mesi dall'entrata in vigore del codice, saranno individuati "*gli ambiti territoriali di riferimento*" di tali convenzioni, stabilendo criteri e modalità per la costituzione delle centrali di committenza tra comuni. Nelle more di tale nuova disciplina, che potrà introdurre soglie minime di territorio e/o di abitanti per la valida costituzione di una centrale unica di committenza tra enti locali, si applica la disciplina transitoria di cui all'art. 216, comma 10 che riproduce il testo dell'art. 33, comma 3-bis dell'abrogato codice dei contratti, confermando di fatto la disciplina vigente fino al 18.4.2016.

Gli obblighi di e-procurement

Si deve, ancora, rilevare che l'art. 37, comma 1, fa salvi "*gli obblighi di utilizzo e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa*". Ne consegue che viene confermato l'attuale sistema, da ultimo modificato dalla legge n. 208/2015, sugli obblighi di utilizzare il Mepa o altri strumenti telematici di acquisizione, nonché le convenzioni Consip. Tali norme non risultano, infatti, abrogate dall'art. 217 del codice. Non risulta, in particolare, abrogato il comma 3 dell'art. 23-ter del d.l. 90/2014 aggiunto dalla legge di stabilità

2016, secondo cui è fatto salvo quanto previsto dall'art. 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n.488, l'articolo 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n.296, e l'articolo 9, comma 3 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66"; in pratica, i comuni pur potendo procedere autonomamente agli appalti di importo inferiore a 40.000 euro debbono, comunque, rispettare tutta la normativa in materia di acquisti elettronici, che pone obblighi di ricorso al Mepa, obblighi di approvvigionamento tramite le convenzioni Consip (art. art. 9, comma 3, del d.l. 66/2014 e Dpcm 24.12.2015 pubblicato in GURI n. 32 del 9.2.2016, che entrerà in vigore il 13.8.2016) o delle centrali regionali e, nel caso di mera facoltà di utilizzare tali strumenti, obblighi di raffronto dei parametri prezzo-qualità. Non risulta, inoltre, abrogata la disciplina per gli approvvigionamenti dei beni delle categorie merceologiche di cui all'art. 1, comma 7, del d.l. 95/2012 e s.m.i.

Quadro di sintesi

Sintetizzando, dunque, emerge che nel periodo transitorio:

- 1) i comuni possono procedere in forma autonoma all'acquisizione di forniture e servizi inferiori a € 40 mila e lavori inferiori ad € 150 mila;
- 2) fino ad € 1.000 non sussiste l'obbligo di far ricorso al Mepa; oltre tale soglia e fino al valore della soglia di rilevanza comunitaria sussiste l'obbligo in questione;
- 3) per affidamenti superiori alle soglie indicate, i comuni non capoluogo di provincia debbono fare ricorso obbligatorio ad una delle forme di centralizzazione di cui all'art. 37, comma 4 del nuovo codice; nelle more dell'attuazione del nuovo sistema, le centrali uniche di committenza già costituite possono continuare ad operare (sebbene merita approfondimento il comma 8 dell'art. 37, nella parte in cui dispone che solo le centrali di committenza qualificate possono svolgere attività di committenza ausiliarie a favore di una o più stazioni appaltanti, alla luce dell'art. 39 e della definizione di "attività di committenza ausiliarie" di cui all'art. 3, comma 1, lett. m) del nuovo codice);
- 4) per gli affidamenti inferiori alla soglia comunitaria (fissata per i servizi e le forniture in € 209.000 (art. 35, comma 1, lett. c), sebbene superiori ad € 40.000 i comuni possono continuare ad effettuare autonomamente l'affidamento avvalendosi del Mepa, in virtù della disciplina transitoria contenuta nel comma 10 dell'art. 216 che considera il ricorso agli strumenti elettronici gestiti da Consip come formula organizzativa alternativa alla centrale unica di committenza e alle altre formule di centralizzazione.

Per quanto attiene le centrali di committenza, si richiama il chiaro disposto dei commi 9 e 11, dell'art. 37 che distinguono ruoli e responsabilità delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

Da segnalare, anche al fine di valutarne la portata applicativa, la disposizione di cui al secondo periodo del comma 10 dell'art. 37 secondo cui " le stazioni appaltanti provvedono, altresì, ad individuare un unico responsabile del procedimento in comune per le stesse, per ciascuna procedura, nell'atto con il quale hanno convenuto la forma di aggregazione in centrale di committenza di cui al comma 4 o il ricorso alla centrale di committenza".

Affidamenti contratti sotto soglia

Merita un breve richiamo la disciplina contenuta nell'art. 35 relativa ai contratti sottosoglia, in base alla quale gli affidamenti avvengono "nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese". Il principio di rotazione, dunque, diventa cogente, risultando superato l'orientamento recentemente affermato dal giudice amministrativo circa la sua efficacia non precettiva (cfr. TAR. Lazio, sez. II, 11.3.2016, n.3319, TAR, Lombardia, Brescia, sez. II, 14.10.2015, n.1325).

Il comma 2 dell'art. 36 individua 4 diverse modalità per l'affidamento degli appalti in questione, ferma restando la disciplina sulla qualificazione della stazione appaltante e la competenza a procedere autonomamente:

- a) affidamento diretto adeguatamente motivato, per importi inferiori ad € 40.000;
- b) procedura negoziata previa consultazione di almeno 5 operatori, per appalti di lavori superiori ad € 40.000 e fino ad € 150.000 e per appalti di servizi e forniture superiori ad € 40.000 e fino alla soglia di rilevanza comunitaria (€ 209.000); gli operatori debbono essere individuati sulla base di

indagini di mercato do di elenchi aperti, rispettando la rotazione degli inviti; l'avviso sui risultati della procedura, deve rendere noto l'elenco dei soggetti invitati;

c) procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, secondo i criteri di cui all'art. 63, comma 6, individuando almeno 10 operatori, quando si tratta di appalti di lavori di importo superiore ad € 150.000 ed inferiore ad € 1 milione;

d) procedura ordinaria, nel caso di lavori superiori ad 1 milione e fino alla soglia comunitaria pari a 5.225.000.

Il comma 5 dell'art. 36 dispone che nei casi di affidamento diretto e procedura negoziata con consultazione di almeno 5 operatori, la stazione appaltante deve verificare esclusivamente i requisiti di carattere generale mediante la banca dati nazionale di cui all'art. 81; mentre il comma 6 dispone che la verifica dei requisiti ai fini della stipula del contratto va effettuata solo sull'aggiudicatario. Si segnala che in base all'art. 216, comma 15, fino all'adozione del decreto che istituisce la banca dati presso il Ministero delle Infrastrutture, occorre utilizzare la banca dati AVC Pass istituita presso l'Anac.

Di particolare rilevanza risulta il comma 7 dell'art. 36 in base al quale l'Anac, entro 90 giorni, dovrà adottare linee guida per stabilire "le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici". Nelle more dell'emanazione di tali linee guida, l'art. 216, comma 9 dispone che "l'individuazione degli operatori economici avviene tramite indagini di mercato effettuate dalla stazione appaltante mediante avviso pubblicato sul proprio profilo del committente per un periodo non inferiore a quindici giorni, specificando i requisiti minimi richiesti ai soggetti che si intendono invitare a presentare offerta".

Alla luce di ciò, lo scrivente ritiene che debba essere disapplicato il vigente regolamento per i lavori, le forniture e gli acquisti in economia, risultando abrogata la norma abilitativa (art. 125 del d.lgs 163/2016) e non sussistendo nel nuovo codice alcuno spazio per l'esplicazione dell'autonomia regolamentare in tale materia.

Contratti esclusi

L'art. 4 del codice fissa i principi per l'affidamento dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito oggettivo di applicazione del codice, richiamando i generali principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

La norma apre il titolo II del codice che individua l'ambito oggettivo di esclusione del codice. Nelle more di più approfondite valutazioni, si ritiene opportuno richiamare l'attenzione su due tipologie di servizi, segnalando che non è stata riprodotta una tabella analoga a quella dell'allegato II B del precedente codice:

1) servizi legali relativi alla rappresentanza legale dell'ente da parte di un avvocato: essi sono espressamente ricompresi (art. 17, comma 1, lett. d) n.1) tra i servizi esclusi, ma ciò implica una loro qualificazione in termini di appalto e, pertanto, il conferimento degli incarichi legali di difesa in giudizio (come già le consulenze) deve rispettare i principi generali di cui all'art. 4, non potendo più procedersi ad incarichi di tipo fiduciario;

2) servizi sociali: essi non sono inclusi nell'elenco degli appalti esclusi (attuale all. IX) e risultano, pertanto, assoggettati alla disciplina del codice, ed in particolare ai principi di cui all'art. 30 e allo speciale regime di pubblicità di cui agli art. 140 e 142; il codice, tuttavia, all'art. 35, comma 1, lett. d) fissa in € 750.000 la soglia di rilevanza comunitaria per tali servizi (con la conseguenza che sotto tale soglia è sempre possibile l'affidamento secondo con procedura negoziata di cui all'art. 35. lett. b) invitando almeno 5 operatori); l'aggiudicazione deve avvenire esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come prevede l'art. 95, comma 3.

Alonte, li 21 aprile 2016



Il Segretario Comunale
Dott. Massimo Candia