

COMUNE DI GIOIA TAURO

89013 - Provincia di Reggio Calabria

Tel.0966 – 508297 -508247 – Pec :protocollogioiatauro@asmepec.it

UFFICIO DEL SEGRETARIO GENERALE

Ai
Responsabili Apicali
(Pisano- Nicoletta – Surace- Mangione –Chizoniti – Musitano)

E p.c.

Al Sig. Sindaco

“

Alla Giunta

“

Al Presidente del Consiglio

OGGETTO : Nuovo codice degli appalti- circolare

Nella Gazzetta Ufficiale di martedì 19 aprile è stato pubblicato il testo definitivo del decreto legislativo 50/2016.. Il decreto è entrato in vigore il giorno stesso della pubblicazione.

Il predetto decreto da attuazione alle Direttive Comunitarie 23, 24 e 25 del 2014 che regolano l'aggiudicazione dei contratti di concessione, gli appalti pubblici e le procedure d'appalto degli enti erogatori in alcuni settori specifici ed il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Da una prima lettura a caldo si ritiene importante porre l'attenzione sui seguenti aspetti :

1- ENTRATA IN VIGORE E ABROGAZIONI

In merito occorre evidenziare che l'art. 220 del D. Lgs 50/2016 non prevede alcun periodo di *vacatio*, per cui le disposizioni ivi previste sono in vigore già dal 19.4.2016 (giorno di pubblicazione in G.U.)

L'immediata entrata in vigore del nuovo codice ciò ha posto un problema di disciplina transitoria con riferimento alle procedure in corso di espletamento alla data del 19.4.2016 risolte dal legislatore con la disciplina transitoria e di coordinamento contenuta nell'art. 216 .

In particolare il comma 1 dell'art. 216 prevede che “ *Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso 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 le offerte.

Pertanto :

- a) Per le procedure di gara (avviate con bandi o avvisi) il discrimine è individuato dalla pubblicazione del bando o avviso successiva alla data di entrata in vigore del nuovo codice (19.4.2016) e dunque a far data **20.4.2016**.
- b) Per le procedure negoziate (senza bandi o avvisi di gara) il discrimine è individuato dal mancato invio , alla data del **19.4.2016** dell'invito a presentare offerte.

Con Comunicato congiunto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, *Graziano Delrio* e del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, *Raffele Cantone* del 22.4.2016 è stato precisato quanto segue:

1. Ricadono nel previgente assetto normativo, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le procedure di scelta del contraente ed i contratti per i quali i relativi bandi o avvisi siano stati pubblicati in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GURI) ovvero in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GUCE) ovvero nell'albo pretorio del Comune ove si svolgono i lavori, entro la data del 18 aprile 2016.

In caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, restano egualmente disciplinate dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le procedure di scelta del contraente in relazione alle quali, alla medesima data del 18 aprile 2016, siano stati inviati gli inviti a presentare offerta.

2. La nuova disciplina in materia di contratti pubblici, dettata dal decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, come previsto dall'art. 216 dello stesso, si applica alle procedure ed ai contratti per i quali i bandi e gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati a decorrere dal 19 aprile 2016, data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Tale disciplina trova altresì applicazione, nei casi di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure di selezione in relazione alle quali i relativi inviti a presentare offerta siano inviati a decorrere dalla data del 19 aprile 2016. 3. Gli atti di gara già adottati dalle amministrazioni, non rientranti nelle ipotesi indicate al punto 1, dovranno essere riformulati in conformità al nuovo assetto normativo recato dal decreto legislativo n. 50 del 2016.

La conseguenza di questa impostazione è evidente (ed è stata ribadita dal Comunicato congiunto Anac-Mit): i bandi pubblicati a partire dal 19 aprile che contengono previsioni in contrasto con le norme introdotte dal decreto legislativo 50/2016 devono essere revocati e vanno ripubblicati dopo averli resi aderenti alle nuove norme.

L'applicazione di questo principio impone alle stazioni appaltanti un riesame puntuale dei contenuti dei singoli bandi eventualmente pubblicati per verificare se e in quali punti essi eventualmente confliggano con la nuova disciplina e vadano quindi corretti.

Si tratta di un'analisi che, quantunque complessa ed articolata - posto che deve essere operata con riferimento a tutte le singole disposizioni del nuovo Codice - è comunque necessaria al fine di evitare di incorrere in vizi di legittimità che aprirebbbero la strada a facili contenziosi.

Vi sono tuttavia alcuni specifici aspetti in cui il possibile conflitto appare immediato e insanabile.

- 1) Il primo è quello relativo all'utilizzo dell'appalto integrato di progettazione ed esecuzione, da affidare sulla base di un progetto preliminare o definitivo. Questa tipologia di appalto non è più ammessa dal decreto

legislativo 50/2016. Ne consegue che in presenza di un bando pubblicato dopo il 18 aprile che preveda l'affidamento di un appalto integrato, l'ente appaltante lo deve revocare, dotandosi di un progetto esecutivo e solo dopo potrà ripubblicare il bando per l'affidamento di un appalto di sola esecuzione (unica tipologia oggi consentita).

- 2) Il secondo profilo riguarda i criteri di aggiudicazione. L'art. 95 del D.Lgs 50/2016 ha disposto quale criterio ordinario per l'aggiudicazione delle procedure di gara quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa restringendo a casi ben precisi e definiti la possibilità di aggiudicare una gara secondo il criterio del massimo ribasso utilizzabile solo per i lavori fino a un milione di euro e per le forniture e i servizi sottosoglia o con caratteristiche standardizzate o ripetitive e previa adeguata motivazione (si vedano commi 4 e 5).

Pertanto, qualora un bando pubblicato dopo il 18 aprile preveda il ricorso al criterio di aggiudicazione del massimo ribasso al di fuori delle ipotesi indicate, andrà revocato. Il nuovo bando da ripubblicare dovrà prevedere l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con i conseguenti criteri di valutazione e il peso ponderale attribuito a ciascuno di essi.

- 3) Il terzo profilo attiene al subappalto. Le nuove norme prevedono che il ricorso al subappalto debba essere espressamente consentito nel bando di gara, che per le opere superspecialistiche non possa superare il 30% dell'intero importo dei lavori e che per gli appalti sopra soglia sia individuata già in sede di offerta la terna di subappaltatori.

Trattandosi di nuove previsioni non contenute nella vecchia disciplina eventuali bandi pubblicati dopo il 18 aprile, non contenendo le indicazioni richiamate, dovranno essere revocati e riapprovati e pubblicati nei termini previsti dal nuovo Codice

DISCIPLINA TRANSITORIA

Fermo restando l'immediata entrata in vigore del nuovo codice , si evidenzia che i comma 4 e 5 dell'art. 216 e l'art. 217 hanno previsto l' **abrogazione parziale e differita del DPR n. 207/2010 (REGOLAMENTO)** contenente le sue modalità di attuazione del vecchio Codice, rispondendo così positivamente alle osservazioni del Consiglio di Stato che aveva chiesto gradualità.

Ne consegue che mentre il vecchio Codice Appalti (d.lgs. n. 163/2006 e tutte le successive modifiche dal 2006 ad oggi) è stato abrogato con effetto immediato dal giorno stesso della pubblicazione del nuovo Codice in Gazzetta Ufficiale, le disposizioni del DPR 207/2010 Regolamento di attuazione di cui al DPR n.207/2010 saranno abrogate via via che saranno adottati i nuovi atti attuativi, che dovranno contenere quindi anche i riferimenti alle disposizioni che sostituiranno (per l'adozione di tali decreti in linea di principio è previsto un termine di gg. 90 dalla data del 19.4.2016)¹.

E' previsto infatti un graduale superamento del Regolamento di esecuzione e attuazione (DPR 207/2010) che sarà sostituito da un sistema basato sulla *soft-regulation* in cui l'attuazione delle disposizioni codicistiche è demandata, infatti, a:

¹ Le parti del Regolamento ancora vigenti sono quelle inerenti il settore dei lavori pubblici ed i lavori sul patrimonio culturale ed in particolare: la figura del Responsabile di procedimento; la progettazione e verifica dei progetti, lo schema di contratto e il capitolato speciale di appalto lavori; il sistema di qualificazione ed i requisiti per gli esecutori di lavori e le società di ingegneria e la vigilanza sugli stessi; la contabilità ed il collaudo dei lavori.

- 1- emanazione di atti di indirizzo e di linee guida di carattere generale, da approvarsi con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e previo parere delle competenti commissioni parlamentari;
- 2- Autonoma adozione da parte dell'ANAC, a norma dell'art. 213, comma 2, di ulteriori atti a carattere generale finalizzati a offrire indicazioni interpretative e operative agli operatori del settore (stazioni appaltanti, imprese esecutrici, organismi di attestazione) al fine di perseguire gli obiettivi di semplificazione e standardizzazione delle procedure, trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa, apertura della concorrenza, garanzia dell'affidabilità degli esecutori, riduzione del contenzioso.

In quest'ottica si segnala che l'ANAC ha già pubblicato sul sito istituzionale (www.anticorruzione.it) istituzionale i primi i primi sette documenti di consultazione preliminari alla predisposizione degli atti normativi previsti dal Codice sui seguenti istituti :

- 1- Il Direttore dei Lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto (art. 111, comma 1, del Codice);
- 2- Il Direttore dell'esecuzione: modalità di svolgimento delle funzioni di coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto (art. 111, comma 2, del Codice) (*in via di pubblicazione*);
- 3- Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (art. 31 del Codice);
- 4- Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici (art. 36 del Codice);
- 5- Offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95 del Codice);
- 6- Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (art. 78 del Codice);
- 7- Servizi di ingegneria e architettura (artt. 23, 24 e 157 del Codice).

Sarà pertanto importante nei prossimi giorni e in futuro, in modo strutturale, che le SS.LL. prestino attenzione a tutta la normativa regolamentare di secondo livello che sarà emanata con le procedure di cui sopra ad integrazione e /o interpretazione delle disposizioni del Nuovo codice.

Si segnalano inoltre alcuni dei campi in cui sono intervenute novità

CONTRATTI CD. ESCLUSI :

Il titolo II da art. 4 ad art. 20 interviene individuando i settori e le tipologie dei contratti esclusi dall'applicazione oggettiva del nuovo codice.

L'espressione " esclusi " va comunque coniugata con l'obbligo di osservanza dei principi a cui soggiacciono i contratti cd. esclusi previsti dall'art. 4 che così recita: L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità , pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica

In questo campo si segnala, fra le tante, l'inserimento, tra i contratti cd. esclusi degli incarichi legali *ad litem*. Con questa previsione (art. 17 comma 1 lett. d) il legislatore ha superato l'orientamento consolidato del consiglio di Stato che fino ad oggi aveva considerato detti incarichi una categoria autonoma rispetto ai servizi cd. legali- già previsti nel vecchio codice - completamente sottratta ai principi comunitari a cui è completamente estraneo l'affidamento *intuitu personae* - e consentito l'affidamento diretto .

Pertanto anche l'affidamento dell'incarico ad litem dovrà avvenire sulla base dei principi riportati dall'articolo 4 del nuovo codice

CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

L'art. 95 del D.Lgs 50/2016 ha disposto quale criterio ordinario per l'aggiudicazione delle procedure di gara quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa restringendo a casi ben precisi e definiti la possibilità di aggiudicare una gara secondo il criterio del massimo ribasso.

Nel nuovo d.lgs. n. 50/2016 **non è previsto un Regolamento attuativo** che verrà sostituito da una molteplicità di atti (circa 50) costituiti da linee-guida di carattere generale che potranno essere facilmente aggiornate, proposte da ANAC ed adottate con decreti ministeriali (di solito del Ministero delle Infrastrutture) o del Presidente del Consiglio, previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

REGIME DI TRASPARENZA

Gli artt. 22 e 29 di immediata applicazione pongono nuovi obblighi di pubblicazione .

In particolare l'art. 29 in via generale dispone che tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi a:

1. programmazione di lavori, opere, servizi e forniture,
2. procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere,
3. concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 112 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162,

I predetti documenti devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Inoltre , al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti,

4. il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.
5. E' inoltre pubblicata la composizione della commissione giudicatrice e i *curricula* dei suoi componenti.
6. i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.

Il regime delle pubblicazioni sul sito va coniugato con il nuovo regime delle comunicazioni previsto dall'art. 76 del Codice nuovo .

Il quadro delineato in questa prima circolare , che interviene a pochi giorni dall'entrata in vigore del D. Lgs. 50/2016, non esaurisce le varie problematiche sottese alla nuova disciplina che sarà ulteriormente e *successivamente* esaminata da questo ufficio fornendo i necessari supporti agli uffici. Essa inoltre dovrà essere oggetto di specifico

esame ed approfondimento da parte di ciascuno delle SS.LL. nonché di apposite giornate formative che dovranno essere organizzate al sussistere di apposite risorse economiche in bilancio .

La presente circolare sarà pubblicata , a cura del settore I , sul sito istituzionale – Sez. Amministrazione Trasparente > disposizioni generali.

IL SEGRETARIO GENERALE / RAC

Caterina Paola Romanò