

Pisa, 31 maggio 2016

Il nuovo codice degli appalti e delle concessioni - D. Lgs. 50/2016

- ❖ Inquadramento generale.
Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: novità principali dal vecchio al nuovo codice

La nuova disciplina

Un unico Codice dei contratti pubblici

(D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50)

per

tre direttive europee

(dir. 2014/23/UE)

(dir. 2014/24/UE)

(dir. 2014/25/UE)

La disciplina europea del 2014

- Mantiene la separazione della regolamentazione tra **settori ordinari (dir. 24)** e **settori speciali (c.d. utilities: dir. 25)**
- Prevede una regolamentazione specifica per le **concessioni di lavori e di servizi (dir. 23)**
- Infittisce la trama del disegno del quadro regolatorio:
 - Articoli **84** (con 12 All., dir. 18) + **75** (con 26 All., dir. 17) nel **2004**
 - Articoli **94** (con 15 All., dir. 24) + **110** (con 21 All., dir. 25) + **55** (con 11 All., dir. 23) nel **2014**
- Estende in modo significativo la regolazione dalla fase dell'affidamento alla fase della **esecuzione contrattuale**

La disciplina nazionale del 2016

- Mantiene l'unità di regolamentazione tra settori ordinari e settori speciali
- Ricomprende nella regolamentazione posta con l'unico Codice le concessioni di lavori e di servizi
- Estende la disciplina al PPP
- Cambiano le modalità della regolamentazione:
 - Articoli 257 (con 22 All., Codice.) + 359 (con 14 All., Regolamento) + DPCM e DM nel **2006 - 2010**
 - Articoli 220 (con 25 All., Codice) + Atti di c.d. *soft law* (ANAC e DM) nel **2016**

Le ragioni generali del cambiamento

- L'accrescimento della efficienza del mercato europeo degli appalti pubblici, consentendone contemporaneamente l'uso strategico (cons. n. 2, dir. 24; cons. n. 4, dir. 25; cons. n. 4, dir. 23)
- Il “fallimento” del codice 2006: 52 modifiche in 10 anni ed invarianza solo del 42 per cento degli articoli, con effetto di mancato raggiungimento degli obiettivi di chiarezza e sistematicità ed esiti finali di incertezze applicative, di aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per le imprese, nonché di complessiva scarsa trasparenza (Cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 855/2016)

Le principali innovazioni delle direttive 2014 - I

- **L'AMBITO OGGETTIVO DELLA REGOLAZIONE, secondo un criterio:**
 - “orizzontale”: le “soglie” (artt. 4-6, dir. 24; artt. 8-9, dir. 23)
 - “verticale”: le tipologie contrattuali (art. 2, dir. 24; art. 5, dir. 23)
- **LE INNOVAZIONI:**
 - L'abbassamento del valore delle soglie e la individuazione di una soglia specifica per i servizi sociali e per altri servizi indicati in Allegato (art. 4, dir. 24) o il loro assoggettamento a un regime più leggero (art. 19, dir. 23)
 - La parziale ridefinizione delle nozioni di “appalti pubblici” di lavori e di forniture ai fini della sottoposizione alla disciplina UE (art. 2, dir. 24) e la parziale ridefinizione delle esclusioni specifiche degli appalti e delle concessioni di servizi (artt. 10 e 14, dir. 24; art. 10, c. 8, e 25, dir. 23).
 - La precisazione delle nozioni di concessioni di lavori e di servizi, con la definizione del c.d. rischio operativo (art. 5, punto 1, dir. 23) e la loro sottoposizione a una disciplina distinta e in parte differenziata

Le principali innovazioni delle direttive 2014 - II

- **IL PRINCIPIO DI LIBERA AMMINISTRAZIONE** (art. 1, par. 4 e cons. 5-7, dir. 24; art. 1, par. 4 e cons. n. 7-9, dir. 25; art. 2 e cons. 5-6, dir. 23)
- **AUTOPRODUZIONE E COOPERAZIONE AMMINISTRATIVA** (art. 1, par. 6, e art. 12, dir. 24; art. 1, par. 4, e art. 7, dir. 23)
- **L'ESTERNALIZZAZIONE** regolata con più flessibilità:
 - I principi per l'aggiudicazione (art. 18, dir. 24; art. 3, dir. 23), tra tutela della concorrenza e obiettivi di politiche pubbliche
 - La consultazione preliminare del mercato (artt. 40-41, dir. 24; artt. 30 e 37, par. 6, dir. 23)
 - I conflitti di interesse e la salvaguardia della legalità e integrità delle procedure (artt. 24 e 57, dir. 24; art. 35 e 38, par. 4-9, dir. 23).
 - Il rafforzamento della previsione circa la suddivisione degli appalti in lotti, con obbligo di motivazione in caso contrario (art. 47, dir. 24; art. 8, par. 5-6 e allegati, dir. 23)

Le principali innovazioni delle direttive 2014 - III

- **Le procedure di aggiudicazione:**
 - ❑ **dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione (artt. 30 e 31, dir. 24)**
 - ❑ **rafforzamento degli appalti elettronici e aggregati (artt. 33-39, dir. 24).**
- **I criteri di aggiudicazione:**
 - ❑ **La ridefinizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (artt. 67-68, dir. 24; art. 41, in specie par. 3, dir. 23)**
 - ❑ **Il parametro dell'esperienza (art. 67, par. 2, lett. b), dir. 24)**
- **Modifiche e risoluzione del contratto (artt. 70-73, dir. 24; artt. 42-45, dir. 23)**

Il d.lgs. n. 50/2016 tra continuità e innovazione - la

- **I PRINCIPI DELL'AGGIUDICAZIONE E DELL'ESECUZIONE**, nella contaminazione tra regole proconcorrenziali e obiettivi delle politiche pubbliche (art. 30, cc. 1-3):
 - **“1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.**”

Il d.lgs. n. 50/2016 tra continuità e innovazione - Ib

- **2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi**
- **3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X”.**
- **I principi si applicano anche per rinvio ai CONTRATTI SOTTO-SOGLIA (art. 36, c. 1) e ai CONTRATTI ESCLUSI in tutto o in parte dal codice dei contratti pubblici (ai sensi dell’art. 4, che però non contempla più l’obbligo al confronto competitivo con almeno 5 imprese di cui all’art. 27, d.lgs. 163/2006).**

Il d.lgs. n. 50/2016 tra continuità e innovazione - II

- **Permane la suddivisione in FASI E SOTTO-FASI dell'attività contrattuale (art. 30, c. 8, e art. 32), regolate dal codice dei contratti e, per quanto non previsto:**
 - **la fase dell'affidamento, dalla l. n. 241/1990**
 - **la fase della stipula e dell'esecuzione, dal codice civile**
- **Permane il RIPARTO DEL CONTENZIOSO tra giudice amministrativo e giudice civile, fatta salva la "razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto" (art. 1, lett. aaa, legge n. 11/2016).**
- **Una prima INNOVAZIONE: la qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 38)**
- **Una seconda INNOVAZIONE: recepite le nuove soglie (art. 35), la disciplina dei contratti in economia è unificata in quella dei contratti sotto-soglia (art. 36)**

Le sotto-fasi dell'affidamento (c.d. procedura ad evidenza pubblica)

I

- **PROGRAMMAZIONE e PROGETTAZIONE delle acquisizioni (artt. 21-27)**
 - **Le principali INNOVAZIONI:**
 - ❑ l'obbligatorietà della programmazione biennale per servizi e forniture, accanto alla confermata programmazione triennale dei lavori (art. 21, cc. 1 e 6);
 - ❑ l'introduzione del *débat public* (art. 22)
 - ❑ la ridefinizione dei livelli di progettazione per i lavori (art. 23), con la qualificazione dei soggetti ammessi ai relativi appalti (art. 24) e con la tendenziale separazione tra progettazione ed esecuzione (art. 59, c. 1)
- **DETERMINAZIONE DI CONTRARRE (art. 32, c. 2)**

Le sotto-fasi dell'affidamento (c.d. procedura ad evidenza pubblica) II

- **SELEZIONE del contraente (artt. 59-99). Le procedure sono (artt. 59-65):**
 - **Le procedure tradizionali: PROCEDURA APERTA, PROCEDURA RISTRETTA, PROCEDURA NEGOZIATA (da ultimo trasformata in PROCEDURA COMPETITIVA CON NEGOZIAZIONE)**
 - **Le procedure parzialmente o totalmente nuove: DIALOGO COMPETITIVO, PARTENARIATO PER L'INNOVAZIONE**
- ❑ **LA CONTINUITÀ: la preferenza per le procedure tradizionali (art. 59, c. 1), fatta eccezione per le concessioni (art. 166 e in specie art. 171, c. 7, e art. 173, c. 3), meno per il PPP (art. 179).**
- ❑ **LE INNOVAZIONI MEDIANTE RECEPIMENTO:**
 - ✓ la consultazione preliminare del mercato (artt. 66-67);
 - ✓ i conflitti di interesse (art. 42) e la salvaguardia della legalità e integrità delle procedure (art. 80);
 - ✓ Il rafforzamento della previsione circa la suddivisione degli appalti in lotti, con obbligo di motivazione in caso contrario (art. 51, c. 1)
- ❑ **LE INNOVAZIONI "SPONTANEE":**
 - ✓ l'albo dei commissari di gara (artt. 77-78);
 - ✓ il rating di impresa ai fini della qualificazione (art. 83, c. 10).

Le sotto-fasi dell'affidamento (c.d. procedura ad evidenza pubblica) III

- **AGGIUDICAZIONE del contratto (art. 32) e relativi CRITERI (artt. 94-97):**
 - **L'OEPV come miglior rapporto qualità/prezzo o costo/efficacia (art. 95, c. 2, 3, 6)**
 - **Il minor prezzo (art. 95, cc. 4-5)**
- **LE INNOVAZIONI MEDIANTE RECEPIMENTO:**
 - ✓ **L'OEPV nel rapporto qualità prezzo e in particolare il parametro dell'esperienza dell'operatore economico (art. 95, c. 6, lett. e)**
 - ✓ **L'OEPV nel rapporto costo/efficacia e l'utilizzo del criterio comparativo del costo del ciclo di vita del prodotto, servizio, lavoro (art. 96)**
- **LE INNOVAZIONI "SPONTANEE": l'utilizzo di criteri premiali (art. 95, c. 13)**
- **LA CONTINUITÀ:**
 - ✓ **l'ampio utilizzo del massimo ribasso (fatti salvi i servizi di ingegneria)**
 - ✓ **la preferenza per i criteri automatici di valutazione delle offerte anomale (art. 97)**
- **APPROVAZIONE del contratto (art. 32, ultimo comma, e art. 33)**

FORME PROCEDURALI O CONTRATTUALI ALTERNATIVE AL CONTRATTO DI APPALTO

- Sono previste per **ALLEGGERIRE I VINCOLI** delle procedure di evidenza pubblica e **RIDURRE I COSTI** di gestione delle stesse, oppure per l'affidamento di **CONTRATTI COMPLESSI E DI LUNGA DURATA** con il coinvolgimento di risorse dei privati:
 - **L'AFFIDAMENTO DIRETTO** (art. 36, c. 2; art. 63; art. 154, c. 5; art. 157, c. 1; art. 163, cc. 1 e 8)
 - L'affidamento mediante **CENTRALI DI COMMITTENZA E FORME DI AGGREGAZIONE** (artt. 37-38)
 - **L'E-PROCUREMENT** (artt. 54-58)
 - **CONCESSIONI** di lavori e concessioni di servizi (artt. 164-178)
 - **CONTRATTI DI PARTENARIATO - PPP** (artt. 179-191)
 - Il d.lgs. 50/2016 (art. 3, lett. cccc) e dddd)) ha riclassificato queste procedure in:
 - ✓ **Strumenti di acquisto** (senza apertura di confronto competitivo)
 - ✓ **Strumenti di negoziazione** (che richiedono l'apertura del confronto)

L'esecuzione del contratto - I

- In questa parte (artt. 100-113) sono compresi due tipi di disposizioni, che trovano sostanziale applicazione anche per concessioni e PPP (fatta salva qui la particolare rilevanza del piano economico-finanziario: artt. 165 e 180):
 - **DISPOSIZIONI CHE RECEPISCONO il “nuovo” diritto UE in materia**
 - ❑ condizioni per l'esecuzione e appalti riservati (art. 100 e art. 112)
 - ❑ subappalto (art. 105)
 - ❑ modifiche del contratto in corso di efficacia (clausole di rinegoziazione, circostanze imprevedibili, lavori e servizi supplementari, modifiche non sostanziali: art. 106)
 - ❑ risoluzione del contratto (108)

L'esecuzione del contratto - II

- **DISPOSIZIONI TRADIZIONALI, a loro volta in parte modificate**
 - ❑ **garanzie definitive e speciali (artt. 103-104)**
 - ❑ **sospensione (art. 107)**
 - ❑ **recesso (art. 109)**
 - ❑ **sostituzione dell'impresa (art. 110)**
 - ❑ **controllo tecnico, contabile e amministrativo (art. 111)**
 - ❑ **collaudo (art. 102)**
 - ❑ **soggetti della stazione appaltante (art. 101) e incentivi per funzioni tecniche (art. 113)**

Specifici elementi di novità dal d.lgs. 163/2006 al d.lgs. 50/2016

- Il regime dei **CONTRATTI MISTI** (art. 28 e art. 169)
- L'uso del c.d. **SOCCORSO ISTRUTTORIO** (art. 83, c. 9)
- Il recepimento del Documento di Gara Unico Europeo – **DGUE** (art. 85).
- Il temperamento del principio di convenienza economica con **ESIGENZE SOCIALI E AMBIENTALI** (artt. 30, 38, c. 4, 50, 95, 100, 112) e il **FAVOR** per le **PMI** (artt. 30, 36, 41, 51, 83, 84, 95, 174)

Le esclusioni dall'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 50/2016

- **Le esclusioni a favore dell'AUTOPRODUZIONE e della COOPERAZIONE AMMINISTRATIVA:**
 - **Le esclusioni per *L'IN HOUSE PROVIDING* e per gli ACCORDI (art. 5 e art. 192). Il regime della scelta del socio per le società miste (art. 5, c. 9).**
- **Le esclusioni in caso di ESTERNALIZZAZIONI:**
 - **L'esclusione per determinazione di UNA SOGLIA PIÙ ALTA: i servizi sociali (art. 35, c. 2)**
- **LA CONFERMA DELLE ESCLUSIONI:**
 - **dalle disposizioni del Codice, per i contratti di servizi aggiudicati ad altra amministrazione aggiudicatrice in base a un diritto esclusivo (art. 9)**
 - **dalle disposizioni del Codice, per i contratti aggiudicati in base a norme internazionali (art. 16)**
 - **dalle disposizioni del Codice, per specifici contratti di appalto e di concessione di servizi (art. 17, con l'aggregazione di alcuni contratti solo in parte "inclusi" perché precedentemente inseriti nell'All. II-B, e fatto salvo lo specifico trattamento dei servizi R&S ex art. 114, c. 6, e art. 158)**
- **Il regime speciale delle SPONSORIZZAZIONI (art. 19 e art. 151)**

Il contenzioso per i contratti pubblici

- Un rito “superspeciale” davanti al **GIUDICE AMMINISTRATIVO** (art. 204)
- La specialità nei **RIMEDI ALTERNATIVI**:
 - L'accordo bonario (artt. 205-206)
 - Il collegio consultivo tecnico (art. 207)
 - La transazione (art. 208)
 - L'arbitrato (artt. 209-210)
 - I pareri di precontenzioso dell'ANAC (art. 211)

Grazie per la vostra attenzione

◆ Prof. Alberto Massera

Ordinario di diritto amministrativo
presso l'Università di Pisa

alberto.massera@unipi.it