



COMUNE DI SAN MAURO CASTELVERDE
Città Metropolitana di Palermo

Ai responsabili dei Settori
E p.c. Al Sig. Sindaco
All'Organo di revisione contabile
SEDE

prot. 2622 del 02/05/2016

DIRETTIVA 2/2016

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 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, e si è provveduto 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).

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 ed è abrogato il vecchio codice approvato con il d.lgs. 163/2006 (cfr. art. 217, comma 1, lett. e), mentre il regolamento di cui al DPR 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.

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 o di appalto di lavori, servizi e forniture.

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); essa detta, tuttavia, una disciplina transitoria (art. 216, comma 10), in base alla quale 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 lavori di valore superiore ad € 150.000 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 ed 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, secondo cui si considerano “qualificate” le centrali di committenza iscritte all’AUSA. Pertanto, dal combinato disposto dei commi 4 e 5, dell’art. 37, si desume che: a) i comuni non capoluogo di provincia possono procedere in via autonoma e diretta all’acquisizione di forniture e servizi fino ad € 40.000 e all’affidamento di lavori fino ad € 150.000 (comma 1); b) tali comuni, per acquisti di forniture e servizi oltre € 40.000 e fino ad € 209.000 e per manutenzioni ordinarie superiori ad € 150.000 e inferiori ad € 1.000.000, possono procedere autonomamente se in possesso della qualificazione (nel regime transitorio basta essere iscritti all’AUSA) utilizzando gli “strumenti telematici messi a disposizione delle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente” (comma 2, primo periodo); pertanto, i comuni possono utilizzare il Mepa (strumento telematico di Consip che è iscritta di diritto all’elenco delle stazioni appaltanti qualificate: cfr. art. 38, comma 1) in modo autonomo per acquisti anche superiori ad € 40.000 e fino alla soglia comunitaria: risulta, così confermato, fino all’attuazione del nuovo sistema di qualificazione, integralmente il sistema di cui all’abrogato art. 33, comma 3-bis del codice dei contratti; c) le attuali centrali di committenza costituite in forma di convenzione tra i Comuni possono continuare ad operare, nel regime transitorio, a condizione che la CUC sia già stata iscritta all’anagrafe (AUSA), posto che il requisito dell’iscrizione è sostitutivo della qualificazione.

Passando agli 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. Sul punto si conferma il contenuto della direttiva dello scrivente n. 1/2016 prot. n. 414 del 21/0/2015. 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) se utilizzano il Mepa, i comuni possono procedere autonomamente anche per acquisti di forniture e servizi fino alla soglia comunitaria (art. 1, comma 450, l. 296/2006 e s.m.i, art. 37, commi 2 e 4 del codice) e per lavori di manutenzione fino ad € 1.000.000; l'uso degli strumenti telematici messi a disposizione da una centrale di committenza qualificata (Consip e soggetti aggregatori) è considerata alternativa all'obbligo di centralizzazione;
- 4) per affidamenti superiori alle soglie indicate al n.1, ovvero in assenza dei beni/servizi sul Mepa, 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, se iscritte all'AUSA (cfr. art. 37, comma 5 e art. 216, comma 10).

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".

In merito agli 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 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.

In materia di 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.

Per quanto riguarda le procedure in caso di somma urgenza, merita un richiamo anche la nuova disciplina per l'affidamento di lavori "in circostanze di somma urgenza" di cui all'art. 163 del codice. In via preliminare, si evidenzia che risultano abrogati con effetto immediato gli art. 175 e 176 del regolamento di esecuzione: tali norme, infatti, sono incluse nel titolo VIII, capo III del DPR 207/2010 che risulta abrogato per effetto dell'art. 217, comma 1, lett. u) n. 2 del nuovo codice. Ne consegue che non sussiste più la differenza tra lavori d'urgenza e lavori di somma urgenza: l'unica fattispecie è quella dei lavori affidati in circostanze di somma urgenza. La norma prevede che "il soggetto fra il responsabile del procedimento e il tecnico dell'amministrazione competente che si reca prima sul luogo" può disporre l'immediata esecuzione dei lavori contemporaneamente alla redazione del verbale in cui sono indicati i motivi dello stato di urgenza, le cause e i lavori necessari per rimuoverlo, con il limite di € 200 mila. Il comma 2 prevede che l'esecuzione dei lavori può essere affidata in forma diretta. Il comma 3 disciplina in modo innovativo la determinazione del corrispettivo delle prestazioni ordinate, stabilendo che esso è definito consensualmente con l'affidatario; laddove non si addivenga ad un preventivo accordo, la stazione appaltante "può ingiungere all'affidatario l'esecuzione delle lavorazioni o la somministrazione dei materiali" facendo riferimento ai prezzi desunti da prezziari ufficiali, ridotti del 20%; l'esecutore/fornitore ha facoltà di iscrivere riserva sul punto e, in assenza di riserva, i prezzi determinati dalla stazione appaltante si intendono definitivamente accettati. Particolare attenzione deve essere prestata alla nuova disciplina del comma 4, che regola la procedura di approvazione della perizia e di copertura finanziaria della spesa: la norma dispone che il rup o il tecnico comunale entro 10 giorni dall'ordine di esecuzione dei lavori è tenuto a compilare una perizia giustificativa trasmettendola, unitamente al verbale di somma urgenza, alla stazione appaltante che "provvede alla copertura della spesa e all'approvazione dei lavori". La norma prevede che "qualora l'amministrazione competente sia un ente locale, la copertura della spesa viene assicurata con le modalità previste dall'art. 191, comma 3 e 194, comma 1, lett. e) del decreto legislativo 18 agosto 200, n.267 e successive modificazioni ed integrazioni". Pertanto, ferma restando la competenza della Giunta

all'approvazione della perizia, laddove non sussista idoneo o sufficiente stanziamento di bilancio la Giunta entro 20 giorni dall'ordinazione deve sottoporre al Consiglio comunale, che deve pronunciarsi entro i successivi 30 giorni e, comunque, entro il 31 dicembre, il riconoscimento della spesa secondo le modalità previste per il riconoscimento dei debiti fuori bilancio "prevedendo la relativa copertura finanziaria nei limiti delle accertate necessità per la rimozione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità". Sull'interpretazione di tale norma si richiama la deliberazione della Corte dei Conti, sezione regionale Liguria n. 31/2014, secondo cui "la norma, in sostanza, in assenza di adeguati stanziamenti a bilancio, rimette al Consiglio, organo sovrano in materia, la responsabilità di verificare la necessità della spesa ordinata per la rimozione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità e di approvare la relativa copertura finanziaria proposta dalla Giunta (utilizzando le risorse previste dall'art. 193, comma 3, e 194, comma 3, del TUEL)". Innovativa risulta anche la disciplina per l'ipotesi in cui l'organo competente non approvi la perizia o non dia copertura finanziaria; nel previgente sistema trovava applicazione l'art. 176, comma 5; il nuovo comma 5 dell'art. 163 del codice dispone che in caso di mancata approvazione della perizia di somma urgenza i lavori vengano sospesi immediatamente e si proceda alla messa in sicurezza del cantiere e alla liquidazione dei corrispettivi dovuti per la parte già realizzata.

San Mauro Castelverde

Il Segretario Comunale
F.to Avv. Placido Leone