

COME CAMBIANO GLI APPALTI DAL 1° LUGLIO 2023

Novità e riflessioni sull'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici

Prima parte

*Giovedì, 6 luglio 2023 - Ore 9.30 Sala Conferenze Confindustria
Sardegna Meridionale
Viale Colombo 2 - Cagliari*

Il nuovo Codice dei contratti pubblici

- ❖ Il nuovo Codice dei contratti pubblici, **d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36** in GU n. 77 del 31-3-2023 - Suppl. Ordinario n. 12:
 - **sostituisce** il codice (d.lgs.) **50 del 2016**;
 - dà attuazione ai **principi previsti nella legge delega n. 78 del 2022**;
 - è composto da un corpus principale costituito da **229 articoli**, abbandona le linee guida ANAC e i decreti attuativi a favore di **36 allegati** (dalla struttura più o meno complessa) che, **formano parte integrante e sostanziale del Codice stesso**.

**Parzialmente
auto
applicativo?**

Alcuni di tali allegati, in fase di prima applicazione, potranno essere sostituiti da un eventuale regolamento attuativo che quindi ne prenderebbe il posto.

Principi fondamentali

“Domani sarò ciò che oggi ho scelto di essere” - James Joyce

Principi generali (12)

- ❖ La prima parte **generale** è dedicata alla **codificazione di alcuni principi applicativi del codice** dei contratti pubblici.
- ❖ Tali principi sono solo in parte mutuati **dalla carta costituzionale** - come nel caso del principio del risultato, che costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del **principio del buon andamento** e dei correlati principi di **efficienza, efficacia ed economicità** – o **dalla UE** perché **elaborati dalla giurisprudenza** nella soluzione dei casi concreti.

*Assieme alla digitalizzazione la fissazione di principi generali rappresenta **una delle più grandi novità del codice**.*

La scelta di ricorrere ai principi assolve una funzione di:

- **completare la disciplina** prevista dal codice dei contratti e
- **garantire la tutela di alcuni interessi** che non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni.

Principi applicabili al codice



Principio del risultato (1) 1/2

❖ Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione, affidando il contratto e vigilando sulla sua esecuzione con la:

- *massima tempestività e*
- *il migliore rapporto tra qualità e prezzo*
- *nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.*

La legalità delimita il risultato.

La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità.

Il principio UE della (art. 3) concorrenza diviene funzionale a conseguire il miglior risultato possibile, tutelando, contestualmente, le situazioni giuridiche soggettive degli OE, ma anche le situazioni giuridiche soggettive dell' PA alla realizzazione dell'interesse pubblico, alla individuazione di un operatore affidabile e alla esecuzione del contratto.

Principio del risultato (1) 2/2

Costituisce criterio funzionale:

- a) al raggiungimento degli **obiettivi dell'UE**;
- b) per valutare la **responsabilità del personale** amministrativo o tecnico, che svolge funzioni in fase di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione (45, all. I.10).;
- c) per attribuire loro gli **incentivi**.

*Tale principio che eleva a un **ruolo di primazia** il principio del perseguimento e della attuazione dell'**interesse pubblico all'esecuzione del contratto**, vale a dire alla realizzazione dell'opera o al conseguimento del bene o servizio.*

*Il risultato amministrativo diventa un **parametro di verifica della legittimità dell'azione** amministrativa concretamente posta in essere.*

*Il sindacato del giudice amministrativo sul risultato si esplicherà quindi nell'**eccesso di potere** soprattutto **per sviamento** ogni qual volta l'amministrazione persegua un **fine diverso da quello conferitole dalla norma** attributiva del potere in parola.*

Criterio prioritario e interpretativo (1)

- ❖ Come evidenziato nella Relazione illustrativa del Consiglio di Stato, **il principio del risultato (art. 1)** è destinato ad operare:
 - sia come **criterio prioritario** di **bilanciamento** con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto,
 - sia insieme con il **principio della fiducia** (art. 2) nell'azione amministrativa, come **criterio interpretativo** delle singole disposizioni.

*In sostanza, essendo il **principio guida per la soluzione del caso concreto**, si rivela il principio di maggior rilievo tra quelli enunciati dal codice.*

*Ciò emerge in diversi passaggi ove la sua scrittura «**goal oriented**», porta a precisare che, ad es:*

- *in nessun caso l'aggiudicazione può subire **dilazioni** in ragione delle misure di self cleaning (96.5);*
- *l'ANAC definisce il **sistema reputazionale** per incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato (109.2).*

Principio della fiducia 1/2 (2)

- ❖ **L'attribuzione e l'esercizio del potere** nel settore dei contratti pubblici *si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione*, dei suoi funzionari e degli operatori economici (OE).
- ❖ Il principio favorisce e valorizza **l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici**, con particolare riferimento:
 - *alle valutazioni* e
 - *alle scelte per l'acquisizione* e l'esecuzione delle prestazioni **secondo il principio del risultato**.

Le SA adottano:

- *azioni per la **copertura assicurativa** dei rischi per il personale;*
- *un **piano di formazione per il personale** che svolge funzioni relative alle procedure di appalto*

*Nella Relazione illustrativa del C.d.S., la fiducia riconosciuta ai pubblici funzionari **bilancia il perseguimento del risultato** che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa.*

Principio della fiducia 2/2 (2)

- ❖ Ai fini della **responsabilità amministrativa**:
 - costituisce **colpa grave**:
 - la violazione di **norme** di diritto e degli **auto-vincoli** amministrativi,
 - la **palese** violazione di regole di **prudenza, perizia e diligenza** e
 - l'omissione delle **cautele, verifiche** ed informazioni **preventive**.
 - **non può ritenersi tale**: la violazione o **l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.**

*Il principio è teso a superare la cd. **burocrazia difensiva**: la cd. «paura della firma», favorendo **l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici**, per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni ex **principio del risultato**.*

*Sino al 30 giugno 2023 resta il d.l. "Semplificazioni" n. 76/2020, che ha stabilito la rilevanza della **colpa grave**, oltre al **dolo** solo per **condotte omissive**.*

Principio dell'accesso al mercato (3)

- ❖ Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti (di seguito SA) favoriscono, secondo le modalità indicate dal Codice, l'**accesso al mercato** degli **operatori economici** (di seguito OE) nel rispetto dei principi di
- **concorrenza,**
 - **imparzialità,**
 - **non discriminazione,**
 - **pubblicità e trasparenza,**
 - **proporzionalità.**

*La garanzia alla effettiva partecipazione delle **micro, delle piccole e delle medie imprese** è prevista nelle norme relative a:*

- *Introduzione requisiti speciali (10);*
 - *suddivisione in lotti (58);*
 - *riduzione garanzia provvisoria (106);*
 - *criteri premiali di gara (108);*
 - *contratti di partenariato sociale (201);*
- La **Relazione annuale della Cabina di regia** tratta, tra l'altro, il livello di partecipazione delle MPMI agli appalti pubblici (221).*

Citerio interpretativo/applicativo (4)

❖ Prevede che le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli:

- 1 (risultato),
- 2 (fiducia) e
- 3 (principio dell'accesso al mercato).

Come evidenziato dall'ANAC: «Nel dubbio, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia nell'amministrazione, nei suoi funzionari e negli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato da parte degli operatori economici.»

Applicazione del CCNL (11)

- ❖ Come nel codice 50/16 (30.4) al **personale impiegato in appalti pubblici e concessioni** è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale:
 - in **vigore per il settore** e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro,
 - **stipulato dalle associazioni** dei datori e dei prestatori di lavoro più rappresentative sul piano nazionale e
 - il cui **ambito di applicazione** sia strettamente connesso con l'attività **oggetto dell'appalto** della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.
- ❖ Le **SA indicano** nel bando **il CCNL applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto** (11.2), garantendo le **medesime tutele** normative ed economiche **ai lavoratori in subappalto** (anche 119).

*È fatta salva la possibilità per gli OE di indicare nella propria offerta il **differente CCNL** applicato, purché garantisca ai dipendenti le **stesse tutele** di quello indicato dalla SA (11.3).*

Digitalizzazione degli appalti

"Di gran lunga, il più grande pericolo dell'Intelligenza Artificiale è che le persone concludano troppo presto di averla compresa." - Peter Diamandis

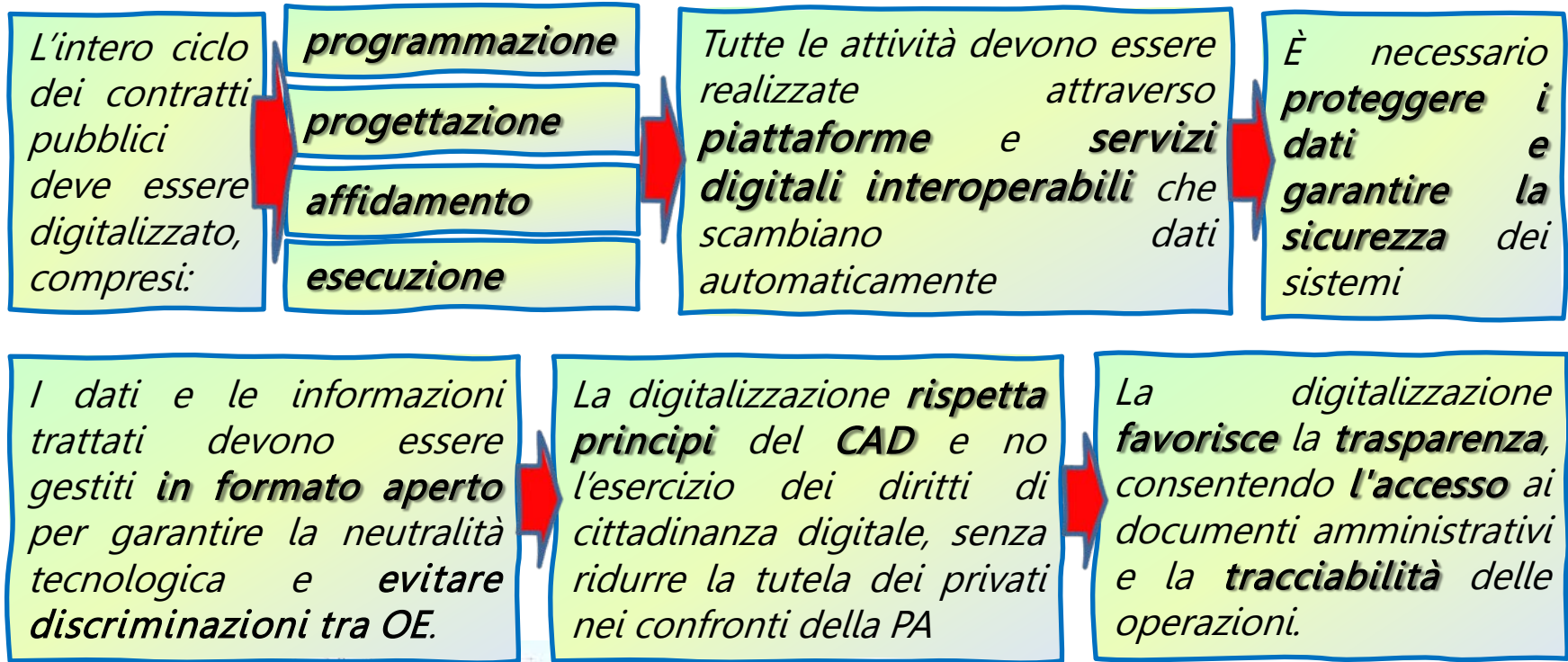
La digitalizzazione degli appalti (19 e ss.)

- ❖ La digitalizzazione prevista dal PNRR:
 - **non ha l'obiettivo di sostituire i documenti** cartacei con file digitali firmati, ma di adottare **un nuovo approccio digitale per l'intero ciclo contrattuale**.
 - fa parte di una più ampia **transizione digitale** che coinvolge la società nel suo insieme.
 - è un **principio strumentale** finalizzato a **ridurre i tempi delle procedure di gara, della stipula e dell'esecuzione** dei contratti.
 - è una **regola generale** dell'azione amministrativa che contribuisce a garantire efficienza ed efficacia e al raggiungimento degli **obiettivi dell'efficienza, dell'efficacia e dell'imparzialità** dell'azione pubblica.

Il codice:

- stabilisce **regole e principi generali**;
- riformula *il concetto di* **trasparenza**
- prevede **processi decisionali automatizzati**
- istituisce **l'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale**

Regole generali digitalizzazione (19)



Principio dell'unicità dell'invio (19)

- ❖ Vengono elaborati una serie di principi di base, tra cui quello dell'unicità dell'invio, secondo cui le SA si assicurano che:
 - ogni dato sia **fornito 1 sola volta a un 1 sistema informativo** (v. invio alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, BDNCP, dell'ANAC);
- ❖ Lo **stesso dato, una volta fornito**:
 - **non può essere richiesto** da altri sistemi o banche dati;
 - è **reso disponibile dal sistema informativo ricevente**.

*Tale principio declina in senso digitale la regola generale del **divieto di aggravio del procedimento amministrativo** e si applica a:*

- **programmazione** di lavori, opere, servizi e forniture,
 - tutte le **procedure di affidamento** e di **realizzazione** di contratti pubblici soggette al codice e a quelle da esso escluse, in tutto o in parte,
- ogni qualvolta siano **imposti obblighi di comunicazione** a una banca dati o a un sistema informativo.*

Obblighi di digitalizzazione (20, 28)

- ❖ Tutti gli atti relativi al ciclo dei contratti, che non siano considerati riservati o che non siano secretati, sono pubblicati
 - su **un unico spazio virtuale**,
 - all'**interno della BDNCP**, gestita da ANAC, tramite collegamento tra la sezione «Amministrazione trasparente» del sito istituzionale e la BDNCP.
- ❖ Il caricamento avviene **attraverso le piattaforme di e-procurement**, mentre sulla sezione Amministrazione trasparente della stazione appaltante o dell'ente concedente vi dovrà essere solo il link che rinvia al luogo virtuale di pubblicazione.

*Le comunicazioni e l'interscambio di dati per le finalità di conoscenza e di trasparenza avvengono nel rispetto del **principio di unicità del luogo di pubblicazione** e dell'invio delle informazioni*

***Le regioni e le province autonome** assicurano la trasparenza (20.3) e il rispetto della digitalizzazione e il supporto alle SA (21.8).*

Obbligo piattaforme (25)

- ❖ A differenza del previgente Codice, **tutte le gare (e i relativi dati e informazioni) transitano attraverso le piattaforme abilitate.**
- ❖ Le SA non dotate di una propria piattaforma (interconnessa?) devono avvalersi:
 - di **quelle messe a disposizione da altre SA (25) o**
 - dei **servizi resi da centrali di committenza**, come il **MePA** (Mercato elettronico della Pubblica amministrazione) **gestito da Consip** per conto del MEF (4.3-ter, del d.l. 95/2012) o **enti concedenti**, o da **soggetti aggregatori**, da **regioni o province autonome**, che a loro volta possono ricorrere a un **gestore del sistema.**

*L'obbligo di utilizzare il FVOE, sussiste solo ove sia possibile **acquisire il CIG**. Pertanto, non sussiste ove non sia richiesta, come per gli elenchi di OE, in cui la verifica sul possesso dei requisiti è svolta con le modalità attualmente vigenti (ANAC com. 16.11.22)*

Gestione delle piattaforme (25)

In caso di **comprovato malfunzionamento**, pur se temporaneo, delle piattaforme, le SA:

DEVONO

assicurare la partecipazione alla gara

Possono eventualmente disporre:

- la **sospensione del termine per la ricezione delle offerte** per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e
- la **proroga** dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento

NON POSSONO

porre a carico dei concorrenti o dello aggiudicatario eventuali **costi connessi alla gestione** delle piattaforme

BDNCP (23, 25, 222)

- ❖ Il nucleo della digitalizzazione è costituito dalla realizzazione di un **ambiente/ecosistema**, che consenta a tutti i sistemi coinvolti nel ciclo dei contratti pubblici di dialogare digitalmente e automaticamente.
- ❖ I vari sistemi informatici utilizzati attraverso la **Banca dati nazionale dei contratti pubblici** dell'ANAC (BDNCP) dialogano tra di loro.
- ❖ La BDNCP a sua volta si interfaccia con la **Piattaforma Digitale Nazionale Dati** al fine di scambiare informazioni:
 - **obbligatoriamente** (incluse le società *in house* per gli affidamenti diretti) e
 - **in formato digitale «nativo»** .

Anagrafe unica delle SA - **AUSA**

Anagrafe degli Operatori Economici

Nuova piattaforma degli appalti - **NPA**

Casellario informatico dei Contratti Pubblici

Fascicolo virtuale dell'operatore economico – **FVOE** alimentato da altre banche dati e dall'OE stesso

Procedure automatizzate (19.6, 30)

- ❖ Ove possibile, le SA debbano ricorrere a procedure automatizzate nella valutazione delle offerte e, quindi, anche a una intelligenza artificiale o **IA** assicurando:
 - a) la disponibilità del **codice sorgente** e ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento;
 - b) le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla **correzione degli errori e degli effetti indesiderati** derivanti dall'automazione.
- ❖ I processi decisionali automatizzati garantiscono la **conoscibilità** (l'OE deve essere consapevole delle decisioni automatizzate che lo riguardano), la **comprensibilità** (l'OE ha il diritto di conoscere le logiche di funzionamento) e la **non esclusività** (necessario un **contributo umano** per controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata).

*Le PA vigilano sulla correttezza dei dati utilizzati e pubblicano, nella sez. «**Amministrazione trasparente**» del sito, le misure e **soluzioni tecnologiche** utilizzate per evitare una discriminazione algoritmica.*

*Le PA adottano **piani annuali di formazione del personale***

Publicità legale degli atti (27)

- ❖ All'ANAC viene affidata la **pubblicità degli atti** attraverso la **BDNCP**, mediante la quale vi è anche la *trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea* e la loro pubblicazione a livello europeo (84) e nazionale (85)..
- ❖ Gli **effetti giuridici** degli atti decorrono *dalla data di pubblicazione nella Banca dati* nazionale dei contratti pubblici.
- ❖ La **documentazione di gara** è disponibile attraverso:
 - le *piattaforme digitali* (25) e attraverso i siti istituzionali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti;
 - il *collegamento con la BDCP*.

L'ANAC, (+60gg ev), d'intesa con il MIT, stabilisce i tempi e le modalità di attuazione del presente articolo. Fino a tale data la pubblicità legale in ambito nazionale è garantita dal transitorio (225. 2).

Regime transitorio

*“Scegli sempre il cammino che sembra il migliore anche se sembra il più difficile: l’abitudine lo renderà presto piacevole” –
Pitagora*

1° aprile 2023: vigore (229.1)

- ❖ Come si evince dalla lettura del combinato disposto dell'art. 229 e dai commi 1 e 2 dell'art. 226 del D.Lgs. 36/2023, le **distinzioni tra entrata in vigore e acquisizione di efficacia** delle nuove disposizioni sono le seguenti:

*Continuano ad applicarsi le norme previste dall'attuale **Codice d.lgs. 50 del 2016**, come integrato dalle norme previste dal **Decreto Semplificazioni** e dal **Decreto Semplificazioni bis**, se **alla data del 30 giugno 2023** ossia prima della data in cui il codice acquista efficacia:*

- a) i bandi e gli avvisi sono stati pubblicati, o le lettere di invito sono state spedite;*
- b) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, sono state stipulate le convenzioni urbanistiche o altri atti assimilati*
- c) per le procedure di accordo bonario di transazione e di arbitrato di procedure di cui alla lett. a).*

1° luglio 2023: efficacia (229.2)

- ❖ Fatto salvo per gli incarichi di progettazione già affidati, **a far data dal 1° luglio 2023:**
 - il **codice 50 del 2016** continua regolare tanto la **fase di aggiudicazione quanto la fase di esecuzione** dei contratti le cui procedure di affidamento **sono attivate entro il 30.6.23;**
 - **salvo eccezioni**, da tale data **è abrogato l'attuale Codice 50** nonché tutte gli atti attuativi ad esso collegati (**Linee Guida ANAC e Decreti Ministeriali**);
 - salvo eccezioni, sono **applicate le norme previste dal Codice n. 36 del 2023** ai bandi e gli avvisi da pubblicare, nonché alle lettere di invito da spedire.

Laddove l'incarico abbia riguardato il progetto di fattibilità tecnico economica (PFTE), la SA può procedere:

- *all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnico ed economica,*
- *oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ex 50/16 (23).*

1° gennaio 2024: efficacia

❖ Nonostante la sua abrogazione formale a partire dal 1° luglio 2023, **l'attuale codice 50 del 2016 troverà ancora applicazione fino al 31 dicembre 2023:**

- *... con riferimento ad alcune sue specifiche disposizioni ed al contempo una serie di articoli del nuovo codice 36 **diverranno effettivamente operative a partire dal 1° gennaio 2024.***
- *Si tratta, in particolare, di quelle disposizioni che dovrebbero dar vita a quella che in codice 36 chiama:*
 1. *la **"Digitalizzazione del ciclo vita dell'appalto"** e che trova il suo fondamento sull'attivazione (attesa peraltro dal 2016...) della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, istituita presso l'ANAC, alla cui funzionalità sono connessi:*
 2. ***l'accesso digitale agli atti;***
 3. ***la pubblicità delle procedure e dei atti gara.***

Due livelli di progettazione (41)

- ❖ Viene attuata riduzione dei livelli di progettazione da tre a **due livelli di progettazione**:
 - *progetto di fattibilità tecnico-economica* (PFTE) e
 - *progetto esecutivo*.
- ❖ La verifica, durante tutto l'*iter* progettuale, comprende anche l'ottemperanza alle prescrizioni impartite dagli enti competenti in sede di conferenza servizi, senza ulteriori autorizzazioni/assensi.

I 3 livelli di progettazione, continuano ad applicarsi alle procedure per le quali l'incarico di progettazione è stato formalizzato prima del 1° luglio 2023.

Ove l'incarico per il PFTE sia stato formalizzato prima di detta data, la SA può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del PFTE oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ex codice 50.

Per gli interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria può essere omesso il primo livello di progettazione se il progetto esecutivo contiene tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

Appalti PNRR

Seppure il 36 non si applica agli investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR il dl 77/21 (l 108/21) i più parte richiama il d.lgs. 50/2016, ora abrogato e sostituito dal 36, che eccepisce tale soluzione il 77 e per i richiami di questo al 50



Entrano subito in vigore

- ❖ Entrano in vigore, diverse abrogazioni e modifiche marginali alla disciplina vigente, oltre che le disposizioni sul Collegio consultivo tecnico (215-219) si applicano anche ai collegi già costituiti ed operanti alla data di entrata in vigore del codice.
- ❖ Nel codice viene altresì stabilito che:
 - **gli organi costituzionali *adequano i propri ordinamenti*** ai principi e criteri di cui al presente codice nell'ambito della propria autonomia organizzativa e delle prerogative ad essi costituzionalmente riconosciute.
 - Le **Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano *adequano la propria legislazione*** secondo le disposizioni contenute nei rispettivi statuti e nelle relative norme di attuazione.

Procedure di gara sotto-soglia

"Il buonsenso è la misura del possibile; è composto di esperienza e previsione; è calcolo applicato alla vita." - Henri Frederic Amiel

Le procedure di gara (50, 70 e ss.)

- ❖ L'affidamento dei contratti, è suddiviso in **procedure**:
 - **«ordinarie»** di cui all'art. 70, 71 e 72, ossia la p. **aperta e la ristretta**: le uniche che possono sempre essere utilizzate e garantiscono la massima partecipazione degli operatori economici, ;
 - **«straordinarie»**, perché legate a dei presupposti, come le negoziate «sottosoglia» di cui all'art. 50.

« ... se, infatti, legittimamente, in base a quanto previsto all'art. 41 Cost., il legislatore può intervenire a limitare e conformare la libertà d'impresa in funzione di tutela della concorrenza - nello specifico ponendo rimedio ex post al vulnus conseguente a passati affidamenti diretti avvenuti al di fuori delle regole del mercato - il perseguimento di tale finalità incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti ... ». (Sentenza Corte Cost. del 23/11/2021 n. 218)

Procedure sopra e sotto soglia

- ❖ Il codice 36 del 23, mantiene come il 50 del 2016, la collocazione in **due parti** separate delle **procedure di gara sottosoglia** (v. art. 50) da **quelle ordinarie** (v. art. 70 e ss.), che vanno comunque utilizzate **se la SA accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero** certo (non codificato).
- ❖ Rispetto al 50, è presente un innalzamento della soglia dell'affidamento semplificato (diretto o con negoziata) di lavori *riproducendo le soglie previste per l'affidamento diretto e per le procedure negoziate nel cosiddetto decreto "semplificazioni COVID-19"* (DL n. 76/2020, L. conv. n. 120/2020).

Indipendentemente dall'importo, restano fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa.

Principio di rotazione (49)

❖ Nel caso di procedure «sottosoglia», viene rivisto **il principio di rotazione, non più esteso alla partecipazione** (ll. gg. ANAC n. 4) e circoscritto nei casi in cui **due affidamenti consecutivi** abbiano a oggetto una commessa:

- *rientrante nello stesso settore merceologico*, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.
- nella *stessa fascia economica* (se previsto dalla SA).

Il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto:

- 1. in **casi motivati** con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché «**di accurata esecuzione del precedente contratto**»*
- 2. quando l'indagine di mercato sia **stata effettuata senza porre limiti** al numero di OE in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.*
- 3. per gli affidamenti diretti di importo **inferiore a 5.000 euro**.*

Affidamento di lavori sottosoglia (50)

- ❖ Riprendendo quanto previsto nella l. n. 120/20 (conv. DL 76/2020), per i lavori la soglia per **affidamenti diretti** è fissata ad importi **<a €150K**.
 - anche senza consultazione di più OE,
 - assicurando che siano scelti **soggetti in possesso di documentate esperienze** pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati **tra gli iscritti in elenchi o albi** istituiti dalla SA.

Nel Parere MIT 764 del 20.10.2020, con riferimento alla l. 120/20 si specifica che l'eventuale:

- *confronto dei preventivi di spesa rappresenta comunque una best practice, salvo che ciò comporti una eccessiva dilazione dei tempi;*
- *raffronto non presuppone l'utilizzo di un criterio di aggiudicazione;*
- *richiesta di preventivi ed alle relative modalità, rientra nella discrezionalità della SA, che determina come individuare il contraente.*

Negoziazione di lavori sottosoglia (50)

- ❖ **Nei lavori, la procedura negoziata si svolge** previa consultazione di almeno:
 - **≥5 OE** ove esistenti, individuati in base a **indagini di mercato o tramite elenchi** di OE, per importo **≥€150K e <€1 mln**;
 - **≥10 OE**, ove esistenti, individuati in base a **indagini di mercato o tramite elenchi** di OE, per importo **≥1 mln € e fino alle soglie di rilevanza comunitaria**, salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie

*Per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino 5,382 milioni di euro Eliminato nel testo definitivo il riferimento alla **adeguata motivazione**, sebbene nella Relazione illustrativa del Consiglio di Stato fosse evidenziato che la scelta delle più complesse procedure ordinarie richiede una ponderazione del bilanciamento degli interessi pubblici in gioco (v. (v. Parere ANAC del 3.08.2020)*

Affidamenti di servizi e forniture

- ❖ L’Affidamento diretto di servizi e forniture, **ivi inclusi servizi di ingegneria e architettura** e l’attività di progettazione, la soglia limite < **€140K**;
- ❖ La negoziata senza bando è possibile
 - per importi **€140K ≥ €215K** (€750K per appalti di servizi sociali e assimilati),
 - **previa consultazione di almeno 5 operatori economici.**

*Come per i lavori, anche senza consultazione di più OE, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di **documentate esperienze pregresse idonee** all’esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla SA;*

*Gli elenchi e le indagini di mercato sono **gestiti con le modalità previste nell’allegato II.1.** (v. ll.gg. ANAC n. 4), che sarà abrogato con un corrispondente regolamento MIT, sentita l’ANAC.*

Altre disposizioni sul sotto soglia

- ❖ Come nel caso della L. 120/20, dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la SA può procedere all'**esecuzione anticipata** del contratto.
- ❖ E, nel caso di mancata stipulazione, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione e le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione (50.6).
- ❖ Permane, la possibilità della SA di sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il **certificato di regolare esecuzione**, rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per le forniture e i servizi dal RUP o dal direttore dell'esecuzione, se nominato (50.7).
- ❖ La **pubblicità di bandi, avvisi di pre-informazione** e sui risultati delle procedure di affidamento avviene sulla BDNCP e sul sito istituzionale della SA. Nei casi negoziate, tale avviso contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati (50.8.9).

Indagine di mercato (All. II.1 - 50)

- ❖ Per la selezione degli OE da invitare alle negoziate, le SA **non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale** dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui *non risulti praticabile nessun altro metodo* di selezione degli operatori.
 - ❖ Le SA pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli OE consultati
- ❖ *Ex allegato II.1., le SA possono adottare un regolamento in cui sono disciplinate:*
 - a) *le modalità di conduzione delle indagini, anche con distinzione di categorie e fasce importo per la rotazione degli affidamenti;*
 - b) *le modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli OE (anche con distinzione di categorie e fasce importo);*
 - c) *i criteri di scelta degli OE invitati*

Garanzie sotto soglia (53)

- ❖ Sotto-soglia Ue, la SA non richiede le garanzie provvisorie, salvo per le procedure negoziate, ove:
 - *la richiesta deve essere motivata*, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustificano la richiesta, nella decisione di contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente
 - *il relativo ammontare non può superare 1% dell'importo nell'avviso o nell'invito* per il contratto oggetto di affidamento (ordinaria 2%).
- ❖ All'opposto, la SA può altresì **motivare di non richiedere la garanzia definitiva** per l'esecuzione dei contratti sotto soglia Ue oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. Quando richiesta, la **garanzia definitiva è pari al 5%** dell'importo contrattuale.

Offerte anormalmente basse

“Domani sarò ciò che oggi ho scelto di essere” – James Joyce

Offerte anormalmente basse (110)

- ❖ La disciplina dell'anomalia dell'offerta non è concentrata in un unico articolo come nel d.lgs. 50 del 2016 (97), ma suddiviso in una:

Disciplina derogatoria dell'esclusione automatica (54, all. II.2)

Fatta salva la possibilità di «valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa», deve essere applicata a tutte le gare sotto soglia UE da affidare:

- ✓ con il criterio del prezzo più basso e
- ✓ almeno 5 offerte ammesse;
- ✓ senza un interesse transfrontaliero certo;
- ✓ non attraverso l'affidamento diretto.

Disciplina generale per la valutazione delle offerte anormalmente basse (110)

Applicabile a tutte le gare da affidare a prescindere dall'importo con il criterio del:

- ✓ OEPV;
- ✓ prezzo, con interesse transfrontaliero certo.

Deroga anomalia sottosoglia Ue (54.2)

- ❖ La SA **esclude l'offerta** senza alcun tipo di predeterminazione, salvo l'ipotesi **derogatoria sottosoglia** dettagliata nell'**allegato II.2** (oggetto di futuro decreto MIT) ove **i metodi diventano 3** (contro i 2 del 50/16) e quello scelto viene:
 - *indicato negli atti di gara*
 - ovvero *selezionato in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio* tra i metodi compatibili dell'all. II.2. (tre in totale di cui uno basato sullo sconto presunto, non applicabile a questo caso).

*Rispetto al codice 50/16 **scompare** l'esclusione in ragione della quale, quando il criterio di aggiudicazione era **quello dell'OEPV**, la congruità delle offerte era valutata sulle offerte che presentano sia i **punti** relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai **4/5** dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.*

Esclusione automatica: metodo A (11.2)

- ❖ Ai sensi dell'all. 11.2, le SA individuano (54.2) uno dei metodi descritti, per il calcolo della soglia di anomalia, ai fini dell'esclusione automatica delle offerte, di cui il primo, il METODO A, è differenziato in base al numero:
 - **≥ 15 offerte** ammesse;
 - **< 15 offerte** ammesse.
- ❖ Tutti gli **sconti superiori** alla soglia di anomalia **sono automaticamente esclusi**.
- ❖ **Tra le offerte non escluse**, la SA individua come **vincitrice quella con lo sconto maggiore**. Lo sconto di aggiudicazione è quello presentato in offerta.
- ❖ In caso di **pareggio**, si **procede col sorteggio**.

Fatta salva la precisazione, secondo cui lo scarto medio aritmetico è calcolato escludendo i ribassi quelli accantonati (le ali), il metodo A riproduce quello previsto dal codice 50/16 (97,2.2-bis).

Esclusione automatica: metodo B (11.2)

- ❖ Nel metodo B, **metodo del "secondo prezzo"**:
 1. una volta pervenute le offerte, espresse come sconto rispetto alla base d'asta, **la SA procede al calcolo della soglia di anomalia** (v. DL n. 32/2019, cd. "Sblocca Cantieri", conv. L 55/2019) ed **esclude tutte le offerte che presentino sconti superiori a tale soglia**.
 2. per le offerte individuate come "non-anomale", **la SA ordina i relativi sconti** dal maggiore al minore come $s_1 > s_2 > \dots > s_N$:
 3. **vince l'impresa con sconto pari a s_1 e lo sconto di aggiudicazione del contratto è pari a s_2 .**

*Nel caso di un **pareggio** tra due (o più) sconti più alti (ovvero se $s_1 = s_2$), allora **l'impresa vincitrice è sorteggiata** tra tutte quelle che **abbiano offerto lo sconto più alto** e lo sconto di aggiudicazione è pari allo **sconto offerto da questa stessa impresa.***

Explicazione metodo B (all. II.2)

- ❖ Il metodo si fonda **su due elementi**: una **soglia di anomalia** e l'applicazione di una **regola del c.d. "secondo prezzo"**. La soglia di anomalia è determinata come segue con il calcolo:
 - a) *della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse (SRP e MAR) , con esclusione del 10%, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso (il **cd. taglio ali**);*
 - *le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori;*
 - *qualora, nell'effettuare il calcolo del 10%, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;*

Esempio taglio ali

	Impresa	Ribasso %
1	Amiata	11,7080
2	Bernina	17,1700
3	Cristallo	19,0100
4	Duranno	19,4910
5	Etna	24,5967
6	Fuji	25,1089
7	Grigna	26,2390
8	Hymettus	26,3210
9	Incahuasi	27,2278
10	Lavaredo	30,5529
11	Marmolada	31,7380
12	Nanda Devi	34,2566
13	Ortles	36,1968
14	Pratello	37,1587
15	Qatar	37,2550
16	Resegone	38,2327



Calcolo soglia su offerte ammesse

a.1) Conteggio offerte presentate: 16.

a.2) Taglio Ali: Calcolo 10% di 16 = 1,6 ossia, arrotondato in eccesso, **2 imprese**, come unità superiore.

Eliminazione di 2 offerte di minor ribasso (Amiata e Bernina) e di 2 maggior ribasso (Qatar e Resegone).

a.3) Somma dei ribassi percentuali:

$19,0100 + 19,4910 + 24,5967 + 25,1089 + 26,2390 + 26,3210 + 27,2278 + 30,5529 + 31,7380 + 34,2566 + 36,1968 + 37,1587 = 337,8974$ (SRP).

a.4) Media aritmetica dei ribassi percentuali:

$SRP \div n. \text{ di offerte} = MAR$
 $337,8974 \div 12 = 28,1581$ [...]

Calcolo soglia anomalia metodo B

- b. scarto medio aritmetico (SMA) dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ex lett. a), esclusi gli accantonati;*
- c. soglia come somma della media aritmetica e dello SMA (lett. b);*
- d. valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi (SRP lett. a) applicato allo scarto medio aritmetico (SMA ex lett. b);*
- e. somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lett. a);*
- ❖ **La soglia di anomalia è uguale** alla soglia ex lett. c):
- 1. decrementata del valore d), se della lettera e) è pari;*
 - 2. incrementata del valore d), se della lettera e) è dispari.*

Dopo lett. c) il calcolo si differenzia rispetto al metodo A e quindi a quanto previsto nel 50/16 (97.2) e prosegue:

Esempio: calcolo scarto medio

	Impresa	Ribasso %	Scarto
3	Cristallo	19,0100	
4	Duranno	19,4910	
5	Etna	24,5967	
6	Fuji	25,1089	
7	Grigna	26,2390	
8	Hymettus	26,3210	
9	Incahuasi	27,2278	
10	Lavaredo	30,5529	2,3948
11	Marmolada	31,7380	3,5799
12	Nanda Devi	34,2566	6,0985
13	Ortles	36,1968	8,0387
14	Pratello	37,1587	9,0006
	Media scarti		5,8225

b.1) Calcolo dei singoli scarti:
RSO (ribasso singole offerte) – MAR (media aritmetica dei ribassi) = CSS
 Lavaredo: $30,5529 - 28,1581 = 2,3948$;
 Marmolada: $31,7380 - 28,1581 = 3,5799$;
 Nanda Devi: $34,2566 - 28,1581 = 6,0985$;
 Ortles: $36,1968 - 28,1581 = 8,0387$;
 Pratello: $37,1587 - 28,1581 = 9,0006$.

b.2) Scarto medio aritmetico:
Somma singoli CSS ÷ n. scarti = SMA
 $(2,3948 + 3,5799 + 6,0985 + 8,0387 + 9,0006) ÷ 5 = 5,8225$.

Esempio: calcolo S1 e S2

c) **soglia come somma della media aritmetica** e dello SMA (lett. b) ossia $28,1581 + 5,8225 = 33,9806$.

d) **valore percentuale** pari al **prodotto delle prime due cifre** dopo la virgola della somma dei ribassi (lett. a, **SRP** = 337,8974) ossia $8 \times 9 = 72\%$, **applicato allo scarto** medio aritmetico (lett. b) ossia 81% di 5,8225 (SMA) = **4,1922**

e) **somma di tutte le cifre**, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lett. a) ossia $3 + 3 + 7 + 8 + 9 = 30$

Considerato che e) è pari, la **soglia di anomalia è uguale** alla soglia ex lett. c) decrementata di d):
SSM – DSM = Soglia anomalia
 $33,9806 - 4,1922 = 29,7884$

	Impresa	Ribasso %	Scarto
S2	8 Hymettus	26,3210	
S1	9 Incahuasi	27,2278	
	10 Lavaredo	30,5529	2,3948

La prima offerta non anomala ha uno sconto del 27,2278% (S1), ossia l'impresa n. 9, **Incahuasi**, il cui **sconto di aggiudicazione è 26,321% (S2)**.

Esclusione automatica: metodo C (11.2)

- ❖ Nel metodo C, **metodo dello “sconto di riferimento”** :
 - che deve essere **indicato nel bando di gara**;
 - che **è espresso come percentuale della base d’asta**;
 - rispetto a cui **le imprese formulano i loro sconti**
 - che rappresenta l’**indicazione** che la SA offre alle imprese della **soglia di anomalia, al netto di una componente randomica** determinata successivamente **in base alle offerte ricevute**.

*Mentre il metodo A, riprende quello previsto nell’**ultima formulazione del codice 50/23** e il metodo B (cui riprende diversi passaggi), quello previsto con **lo sblocca cantieri**, il **metodo C rappresenta una assoluta novità** che tuttavia non sembrerebbe opportuno quando la SA indica già nella documentazione di gara il metodo prescelto.*

Tabella di riferimento

❖ Lo sconto viene individuato con la Tabella A:

Tipologia lavori (categoria e classe dimensionale)	Distribuzione ribassi di aggiudicazione (in %)						
	50° pct	60° pct	70° pct	80° pct	90° pct	95° pct	99° pct
OG1							
Dimensione lavori							
<150k	23,791	26,690	29,055	32,000	36,380	40,020	50,130
150k-1mln	25,531	27,850	29,950	32,550	36,574	40,103	52,000
1mln-EU	22,320	25,353	27,531	29,056	32,853	40,000	55,216

❖ La SA può **motivare la scelta di discostarsi da questi sconti**, motivando la scelta in base all'esigenza di selezionare un'offerta con caratteristiche di prezzo-qualità congrue con i bisogni della SA.

*La SA applica criteri verificabili per determinare lo sconto di riferimento, confrontando i benefici di sconti maggiori con i costi di sscontielezionare un'offerta vincitrice con **qualità potenzialmente inferiore.***

Esempio metodo C (II.2)

- ❖ In particolare, il metodo C prevede, riprendendo parzialmente il metodo b, di applicare allo sconto di riferimento, ad **esempio 40%**, per una OG1 €150K≤1mln al 95° percentile):
 - **il decremento del valore di cui alla lettera c)**, ossia nell'esempio **4,1922**, nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia **pari**, che nell'esempio è appunto pari perché è **30**);
 - **incrementata del valore di cui alla lettera c)**, nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia dispari);
- ❖ Si **otterrebbe** **40-4,1922=35,8078**.

La scelta di percentili più alti è particolarmente adeguata per quei contratti in cui il prezzo sia elemento fondamentale; la scelta di percentili più bassi è indicata dove la SA ritenga preponderante l'interesse di limitare rischi nella fase di esecuzione.

Quesiti

Grazie per l'attenzione