

**Le modalità di acquisizione sotto soglia
comunitaria: il punto della riforma tra spending
review, nuovo codice e indirizzi operativi ANAC**

Roma 13.07.2016

Avv. Carmine Podda

Responsabile Serv. Contenzioso Autorità Idrica Toscana

Esperto in appalti e contrattualistica pubblica

Collabora con le riviste specializzate de "Il Sole 24 Ore"

podda2003@libero.it

Abrogazioni e regime transitorio

- Il **D.Lgs. n.50/2016** (18.04.2016) nuovo codice degli appalti si applica alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure per le quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte (rectius dal 20.04.2016 ANAC del 3 maggio)
- Il nuovo Codice va ad abrogare le principali norme di settore tra cui, in primis, il D.Lgs. 163/2006 e il Regolamento Attuativo DPR n.207/2010
- A tal riguardo va precisato che il testo di legge prevede un periodo transitorio pari al termine necessario per portare a compimento i Decreti Ministeriali attuativi e le linee operative ANAC ove previsti.
- In alcuni casi il nuovo codice rinvia a linee guida ANAC (cd soft law) in grado di fornire indirizzi applicativi e modalità di dettaglio (“per migliorare la qualità la qualità delle procedure, per la formazione degli elenchi degli operatori economici, per la tenuta dell’ albo dei commissari di gara)

Ambito soggettivo di applicazione

- Art. 1 (Oggetto e ambito di applicazione)
Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere
- Art. 3 (Definizioni)
Ai fini del presente codice si intende per:
 - «amministrazioni aggiudicatrici», le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico (ALL IV enti preposti a servizi di pubblico interesse) ; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti;
 - «enti aggiudicatori» ... gli enti che: sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli artt. da 115 a 121 (settori speciali); pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una attività tra quelle di cui agli artt. da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente

Abrogazioni e regime transitorio Rafforzamento dei poteri dell' ANAC

- Il nuovo Codice è stato definitivamente approvato il 18 aprile, termine di scadenza per l' esercizio della delega e soprattutto per il recepimento delle direttive Ue.

ANAC: rafforzamento dei poteri regolatori

- L' ANAC con proprio atto definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP nonché l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto
- L' ANAC con proprie linee guida stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure (procedure sotto soglia), delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici.

ANAC: rafforzamento dei poteri regolatori

- E' istituito presso l' ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da adottarsi ... entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sentite l' ANAC e la Conferenza unificata, sono definiti i requisiti tecnico organizzativi per l' iscrizione all' elenco
La qualificazione conseguita opera per la durata di cinque anni e può essere rivista a seguito di verifica, anche a campione, da parte di ANAC o su richiesta della stazione appaltante. L'ANAC stabilisce le modalità attuative del sistema di qualificazione ...
- Al fine di agevolare l' attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell' ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi

ANAC: rafforzamento dei poteri regolatori

- È istituito presso l' ANAC, che lo gestisce e lo aggiorna secondo criteri individuati con apposite determinazioni, l' Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici Ai fini dell' iscrizione nel suddetto albo, i soggetti interessati devono essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità ... secondo i criteri e le modalità che l' Autorità definisce in un apposito atto
- Parere di precontenzioso: Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l' ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara. Qualora l' altra parte acconsenta preventivamente, il parere ... obbliga le parti ad attenersi.
- Raccomandazioni e sanzioni: Qualora l' Autorità accerti violazioni che determinerebbero l' annullabilità d' ufficio di uno dei provvedimenti ricompresi nella procedura ... invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a 60 giorni. La raccomandazione ha effetto sospensivo sul procedimento di gara in corso per il medesimo termine di 60 giorni, qualora dal provvedimento possa derivare danno grave. Il mancato adeguamento alla raccomandazione vincolante dell' Autorità è punito con la sanzione da € 250 ad € 25.000 a carico del dirigente responsabile

Centrali di committenza e procedure autonome di acquisizione Nuovo Codice

- Art.37 c.1 “Le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di ricorso agli strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all’ acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a € 40.000 e di lavori di importo inferiore a € 150.000, nonché attraverso l’ effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza.
- Per effettuare procedure di importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente, le stazioni appaltanti devono essere in possesso della necessaria qualificazione ai sensi dell’ articolo 38 ...
- C. 2 “... per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all’ articolo 35 (€ 209.000), nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d’ importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui all’ articolo 38 procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente

Centrali di committenza e procedure autonome di acquisizione

Nuovo Codice

- ... In caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti ricorrono alle modalità di cui al comma 3 o procedono mediante lo svolgimento di procedura ordinaria ai sensi del presente codice
- C. 3 “Le stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all’ articolo 38 procedono all’ acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica”

Centrali di committenza e procedure autonome di acquisizione

... riassumendo

1)) Qualificazione non necessaria per acquisti autonomi

- Forniture e servizi < € 40.000 e lavori < € 150.000 : le amministrazioni, anche se non in possesso della qualificazione potranno procedere autonomamente all' acquisizione (a mezzo di mepa – vedi slides successive - o in subordine libero mercato) tranne i casi espressamente vietati dalla legge:
 - obbligo di ricorso a convenzioni consip per amministrazioni statali,
 - obbligo di ricorso a convenzioni consip per le altre pp.aa per le 5 categorie di energia elettrica, gas, carburante, combustibile per riscaldamento, telefonia fissa e mobile ai sensi dell' art.1 c.7 DL 95/2012
 - obbligo per tutte le pp.aa. di acquistare beni e servizi informatici esclusivamente tramite Consip SpA o i soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionali

D.L.n.52/2012 (Spending Review) convertito in L.n.94/2012

- L.n.296/06 art.1 c.450 (modificato dall' art.7 c.2 DL 52) *“Dal 1° luglio 2007, - le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.*
- - *Fermi restando gli obblighi previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328”*

D.L.n.52/2012 (Spending Review)

(obbligo tassativo di ricorso a mepa per gli acquisti sotto soglia ?)

- **Prima linea di indirizzo**

C. Conti Marche Parere n.169/2012:

“ ... il Legislatore ha ritagliato una disciplina specifica per gli acquisti sotto soglia dal carattere particolarmente stringente che, in difetto di espresse previsioni, pare non ammettere deroghe e/o eccezioni di sorta. Né può colmarsi tale preteso, secondo alcuni Commentatori, vuoto normativo in via interpretativa così come sollecitato dal Comune istante che, di fatto, prospetta due ipotesi – quella relativa all’ esistenza sul mercato libero di condizioni contrattuali più favorevoli e quella relativa alla difformità parziale del bene disponibile sul mercato elettronico rispetto a quello rinvenuto sul mercato tradizionale – per cui la normativa non appresta alcuna disciplina positiva ”

D.L.n.52/2012 (Spending Review)

(DEROGA ricorso a mepa per gli acquisti sotto soglia)

- **Seconda linea di indirizzo**

Corte dei Conti Lombardia n.92 e 112/2013/Par:

“Gli acquisti in economia devono esaurirsi ed effettuarsi obbligatoriamente all'interno dei mercati elettronici; quindi l'art. 328 Reg. comprende anche gli acquisti in economia. La possibilità residua di ricorrere alla procedura ex art. 125 Cod. contr. Pubbl. al di fuori di tali mercati residua solo nell'ipotesi di non reperibilità dei beni o servizi necessitati; pertanto nella fase amministrativa di determinazione a contrarre, l'ente, da un lato, dovrà evidenziare le caratteristiche tecniche necessarie del bene e della prestazione, di avere effettuato il previo accertamento della insussistenza degli stessi sui mercati elettronici disponibili, e, ove necessario, la motivazione sulla non equipollenza/sostituibilità con altri beni/servizi presenti sui mercati elettronici. In questa prospettiva, **l'unica ipotesi in cui possano ritenersi consentite procedure autonome è quella in cui il bene e/o servizio non possa essere acquisito secondo le modalità sin qui descritte; ovvero, pur disponibile, si appalesi - per mancanza di qualità essenziali - inidoneo rispetto alle necessità della amministrazione precedente**”

D.L.n.52/2012 (Spending Review)

(DEROGA ricorso a mepa per gli acquisti sotto soglia)

- Tale ultimo assunto è confermato dalla **Corte Conti Toscana n.151/2013** e dalla recente sentenza del **Consiglio di Stato n.2842/2013** che, nel sottolineare il chiaro riferimento legislativo, si segnala per il corretto riferimento all' esigenza che l'acquisizione centralizzata sia “*pienamente comparabile per omogeneità di contenuti*”.
- In effetti, deve essere salvaguardata (e rientra nella responsabilità delle stazioni appaltanti farlo) la necessità che il risparmio non sia meramente apparente, e tale è il risparmio che non considera solo le differenze tra le condizioni tecniche, ma anche tra quelle amministrative della fornitura: se ad es. il bene (un' apparecchiatura) acquistato tramite il MEPA ha un miglior prezzo d' acquisto, ma nella fornitura non è compresa l' installazione, il prodotto in realtà, da un lato, non è confacente alle necessità dell' amministrazione, dall' altro, il costo dell' installazione deve essere tenuto in considerazione ai fini di una corretta valutazione del risultato economico dell' approvvigionamento.
- Non ci si può dunque limitare al valore finanziario ‘apparente’ dell'acquisto, ma bisognerà apprezzarne tutte le componenti effettive

DL n.95/12 (Spending Review 2) Obblighi di ricorso a convenzioni consip

- Art. 1 (Riduzione della spesa per l'acquisto di beni e servizi e trasparenza delle procedure)
 - Obblighi per le amministrazioni statali (comma 1): obbligo di approvvigionarsi tramite consip – “i contratti stipulati in violazione di tali obblighi sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, dei detti strumenti di acquisto e quello indicato nel contratto. Non sono comunque nulli i contratti stipulati tramite altra centrale di committenza a condizioni economiche più favorevoli”
 - Obblighi per le altre PP.AA. e per le società a totale partecipazione pubblica inserite nell'elenco Istat (comma 7): approvvigionarsi di beni e di servizi attraverso gli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali per le seguenti categorie merceologiche: 1) energia elettrica, 2) gas, 3) carburanti rete e carburanti extra-rete, 4) combustibili per riscaldamento, 5) telefonia fissa e telefonia mobile. *continua*

DL n.95/12 (Spending Review 2) Obblighi di ricorso a convenzioni consip (l'assunto sottolineato è stato modificato)

- ... (integrazione apportata in sede di conversione) “ ... *La presente disposizione non si applica alle procedure di gara il cui bando sia stato pubblicato precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto. È fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori a quelli indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali. In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai predetti corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico. La mancata osservanza delle disposizioni del presente comma rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale.*”

Centrali di committenza e procedure autonome di acquisizione nuovo codice

Le 5 categorie consip e la novità contenuta nella Legge di Stabilità 2016

- Art. 1 c. 494: E' fatta salva la possibilità' di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità', a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% per le categorie merceologiche telefonia fissa e telefonia mobile e del 3% per le categorie merceologiche carburanti extra-rete, carburanti rete, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip SpA e dalle centrali di committenza regionali.
- Tutti i contratti stipulati ai sensi del precedente periodo devono essere trasmessi all'ANAC.
- In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità' per il contraente di adeguamento ai migliori corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità' di convenzioni Consip ... che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico in percentuale superiore al 10% rispetto ai contratti già' stipulati

Centrali di committenza e procedure autonome di acquisizione nuovo codice

Gli acquisti informatici e la novità contenuta nella Legge di Stabilità 2016

- Art. 1 c.512-517: Al fine di garantire l'ottimizzazione e la razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività, fermi restando gli obblighi di acquisizione centralizzata previsti per i beni e servizi dalla normativa vigente, le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione ... provvedono ai propri approvvigionamenti esclusivamente tramite Consip SpA o i soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionali ...
- Le amministrazioni ... possono procedere ad approvvigionamenti al di fuori delle modalità di cui ai commi 512 e 514 esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, qualora il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione ovvero in casi di necessità ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuità della gestione amministrativa.

Centrali di committenza e procedure autonome di acquisizione nuovo codice

Gli acquisti informatici e la novità contenuta nella Legge di Stabilità 2016

- 2) Quale è l'organo di vertice amministrativo" a cui spetta l'autorizzazione" per acquisti informatici in deroga Consip (casi di carenza, inidoneità, urgenza)?
- In attesa di interventi esplicativi al riguardo, tra i primi a pronunciarsi è stata la Corte dei Conti Liguria (n.14/2016) la quale, a fronte di una Delibera comunale di Giunta autorizzatoria di acquisti extra convenzione in presenza dei presupposti di legge, ha affermato: *“la valutazione operata non è divisibile in quanto, come afferma costantemente la giurisprudenza amministrativa (ex multis, C.d.S., Sez. V, 30 aprile 2015, n. 2194; TAR Campania, Sez. III, 13 gennaio 2016, n. 143 ...), l'art. 107, comma 5, TUEL prevede che i dirigenti abbiano competenza esclusiva e inderogabile per tutti i compiti gestionali, ivi compresi gli atti discrezionali, laddove gli organi di governo, Consiglio e Giunta comunale, possano operare con i soli poteri di indirizzo e di controllo politico amministrativo ... Spettava al dirigente apicale, e non alla Giunta comunale, adottare il provvedimento autorizzatorio regolarmente trasmesso alla Sezione regionale*

Centrali di committenza e procedure autonome di acquisizione nuovo codice

2)) Qualificazione necessaria per acquisti autonomi

- Forniture e servizi > € 40.000 fino a € 209.000 e lavori di manutenzione ordinaria > 150.000 e fino a € 1.000.000: possibilità di acquistare in via autonoma tramite negoziazione telematica nel rispetto della normativa vigente solo in caso di possesso della qualificazione ex art.38
- In caso di mancanza di qualificazione la stazione appaltante non potrà acquistare in autonomia e potrà esclusivamente:
 - ricorrere a una centrale di committenza;
 - aggregarsi con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica.

Centrali di committenza e procedure autonome di acquisizione nuovo codice (art.37 c.10 e seg)

- Due o più stazioni appaltanti che decidono di eseguire congiuntamente appalti e concessioni specifici e che sono in possesso, anche cumulativamente, delle necessarie qualificazioni in rapporto al valore dell' appalto o della concessione, sono responsabili in solido dell' adempimento degli obblighi derivanti dal presente codice. Le stazioni appaltanti provvedono altresì ad individuare un unico responsabile del procedimento in comune tra 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. Si applicano le disposizioni di cui all' articolo 31.
- Se la procedura di aggiudicazione non è effettuata congiuntamente in tutti i suoi elementi a nome e per conto delle stazioni appaltanti interessate, esse sono congiuntamente responsabili solo per le parti effettuate congiuntamente. Ciascuna stazione appaltante è responsabile dell' adempimento degli obblighi derivanti dal presente codice unicamente per quanto riguarda le parti da essa svolte a proprio nome e per proprio conto.

Centrali di committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti (art.38)

- E' istituito presso l' ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza.
- La qualificazione è conseguita in rapporto alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d' importo.
- Sono iscritte di diritto nell' elenco il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP S.p.a., nonché i soggetti aggregatori regionali di cui all' articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66 e le città metropolitane
- Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da adottarsi ... entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sentite l' ANAC e la Conferenza unificata, sono definiti i requisiti tecnico organizzativi per l' iscrizione all' elenco “ nonché la data a decorrere dalla quale entra in vigore il nuovo sistema di qualificazione”

Centrali di committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti (art.38)

- I requisiti di cui al comma 3 sono individuati sulla base dei seguenti parametri:
 - a) requisiti di base, quali:
 - 1) strutture organizzative stabili...; 2) presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze ... 3) sistema di formazione ed aggiornamento del personale; 4) numero di gare svolte nel triennio con indicazione di tipologia, importo e complessità; 5) rispetto dei tempi di pagamento secondo legge o secondo gli indici di tempestività (33/2013)
 - b) requisiti premianti, quali:
 - 1) valutazione positiva dell' ANAC in ordine all' attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione ; ... livello di soccombenza nel contenzioso; applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell' attività di progettazione e affidamento ...
- La qualificazione conseguita opera per la durata di cinque anni e può essere rivista a seguito di verifica, anche a campione, da parte di ANAC o su richiesta della stazione appaltante

Centrali di committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti

- L'ANAC stabilisce le modalità attuative del sistema di qualificazione ed assegna alle stazioni appaltanti un termine congruo per porre in essere effettivi processi di riorganizzazione e professionalizzazione al fine di dotarsi dei requisiti necessari alla qualificazione. Stabilisce, altresì, modalità diversificate che tengano conto delle peculiarità dei soggetti privati che richiedano la qualificazione.
- A decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, l'ANAC non rilascia il codice identificativo di gara (CIG) alle stazioni appaltanti che procedono all'acquisizione di beni, servizi o lavori non rientranti nella qualificazione conseguita.

Procedura negoziata ed affidamento diretto (art.36)

- Fermi restando gli obblighi di cui agli artt 37 e 38 (negoziazioni telematiche etc) e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture sottosoglia, secondo le seguenti modalità:
 - a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta;
 - b) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 e per servizi e forniture fino a € 209.000 mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque (nello schema di decreto erano tre) operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta.
- L' avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l' indicazione anche dei soggetti invitati

Procedura negoziata ed affidamento diretto nel nuovo Codice

- c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata, previa consultazione di almeno dieci operatori economici (nello schema erano 5), ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

L' avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l' indicazione anche dei soggetti invitati;

d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie.

Modalità di controllo requisiti

- Ai fini dell'aggiudicazione, nei casi di cui al comma 2, lettere a) e b), le stazioni appaltanti verificano i requisiti di carattere generale e speciale mediante consultazione della Banca dati nazionale degli operatori economici
Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate, la verifica dei requisiti ai fini della stipula del contratto avviene esclusivamente sull'aggiudicatario. La stazione appaltante può comunque estendere le verifiche agli altri partecipanti

Affidamento diretto secondo la giurisprudenza

- Danno erariale in capo al dirigente che ha affidato direttamente, senza alcun tipo di confronto concorrenziale, la stampa di 27 poster per un valore complessivo di € 2112,00: *“La necessità del rispetto delle regole di evidenza pubblica è, per ciò stesso, da intendere quale regola generale, come confermato dalla Corte di Giustizia della Unione Europea, secondo la quale anche gli appalti pubblici di scarso valore, seppure non espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione delle procedure particolari e rigorose delle direttive, non sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario ... in quanto, a prescindere dalla diretta applicazione della normativa comunitaria sugli appalti di servizi e forniture, vanno comunque rispettati i principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza”* (C. Conti, Lombardia, n.447/06)

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

(Proposta di linee guida del 28.06 in attesa di pubblicazione)

- L' art. 36, comma secondo, stabilisce i principi che devono informare gli affidamenti sotto soglia e individua procedure semplificate per la selezione del contraente, in relazione all' importo.
- Le stazioni appaltanti hanno comunque la facoltà di ricorrere, nell' esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale.
- L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'art. 36 d.lgs. 50/2016, **ivi compreso l'affidamento diretto**, avvengono nel rispetto dei principi enunciati dall'art. 30, comma 1, d.lgs. 50/2016 e, in particolare nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché del principio di rotazione

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

- Le stazioni appaltanti tengono conto delle realtà imprenditoriali di minori dimensioni, fissando requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che, senza rinunciare al livello qualitativo delle prestazioni, consentano la partecipazione anche delle micro, piccole e medie imprese, valorizzandone il potenziale.
- Tutti gli atti della procedura sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 29 del Codice. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione dei soggetti che hanno effettivamente proposto offerte e di quelli invitati (art. 36, comma 2, lett. b) e c)
- L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 euro può avvenire tramite affidamento diretto, adeguatamente motivato, o, per i lavori, tramite amministrazione diretta, in conformità all'art. 36, comma 2, d.lgs. 50/2016. 5

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

Iter di affidamento di lavori, servizi e forniture < € 40.000,00

- Avvio della procedura: La procedura prende l'avvio con la determina a contrarre, ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante, che in applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, contiene, almeno, l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere/beni/servizi che si intendono conseguire, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte; l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, nonché le principali condizioni contrattuali.
- In determinate situazioni, come nel caso dell'ordine diretto di acquisto sul mercato elettronico o di acquisti di modico valore per i quali sono certi il nominativo del fornitore e l'importo della fornitura, si può procedere a una determina a contrarre o atto equivalente che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta e il possesso dei requisiti di carattere generale

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

- Criteria di selezione: Il concorrente deve essere in possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 d.lg.50/2016 nonché dei requisiti minimi di:
 - a) idoneità professionale. In proposito, potrebbe essere richiesto all'operatore economico di attestare l'iscrizione al Registro della Camera di commercio ... o ad altro Albo, ove previsto, capace di attestare lo svolgimento delle attività nello specifico settore oggetto del contratto;
 - b) capacità economica e finanziaria. Al riguardo, potrebbe essere richiesta la dimostrazione di livelli minimi di fatturato globale, proporzionati all'oggetto dell'affidamento tali da non compromettere la possibilità delle micro, piccole e medie imprese In alternativa al fatturato, per permettere la partecipazione anche di imprese di nuova costituzione, può essere richiesta altra documentazione considerata idonea, quale un sufficiente livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali;
 - c) capacità tecniche e professionali, stabiliti in ragione dell'oggetto e dell'importo del contratto, quali a titolo esemplificativo, l'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore ... nell'anno precedente ovvero il possesso di specifiche attrezzature ...

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

- Obbligo di motivazione della scelta: la stazione appaltante motiva adeguatamente in merito alla scelta della procedura seguita e dell'aggiudicatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dal contraente, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione.
- In caso di affidamento all'operatore economico uscente, è richiesto un onere motivazionale più stringente, in quanto la stazione appaltante motiva la scelta avuto riguardo al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

- Stipula del contratto: Ai sensi dell' art. 32, comma 14, del Codice, la stipula del contratto per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000,00 euro avviene mediante corrispondenza secondo l' uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere. Rientra nella facoltà delle parti effettuare lo scambio mediante posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli Stati membri.
Per espressa previsione dell' art. 32, comma 10, lett. b), non si applica il termine dilatorio di stand still di 35 giorni per la stipula del contratto.
- Pubblicazione: In ossequio al principio di trasparenza, fatto salvo quanto previsto dall' art. 1, comma 32, legge 190/2012 e dal d.lgs. 33/2013, trova altresì applicazione l' art. 29 del Codice che impone alle stazioni appaltanti la pubblicazione nei propri siti web istituzionali, delle motivazioni, almeno in sintesi, che hanno condotto alla scelta dell' affidatario del contratto

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

Affidamento di lavori (da 40.000 a 150.000) servizi e forniture (da 40.000 a 209.000)

- Art. 36 c.2 lett b): *procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti*
- La procedura si articola in tre fasi:
 - a) svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi per la selezione di operatori economici da invitare al confronto competitivo;
 - b) confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati;
 - c) stipulazione del contratto
- A) Le indagini di mercato avvengono secondo le modalità ritenute più convenienti, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici ... formalizzandone i risultati, eventualmente ai fini della programmazione e dell'adozione della determina a contrarre, avendone cura di escludere le informazioni relative a segreti tecnici e commerciali.

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

- La stazione appaltante dovrà comunque assicurare l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato ... A tal fine si potrà procedere alla pubblicazione di un avviso sul profilo di committente, nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti", o ad altre forme di pubblicità.
- L'avviso indica almeno il valore dell'iniziativa, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale ... le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante.
- Elenchi di operatori economici: La stazione appaltante può individuare gli operatori economici selezionandoli da elenchi appositamente costituiti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del Codice.

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

- Gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare, reso conoscibile mediante pubblicazione sul profilo del committente nella sezione “amministrazione trasparente” sotto la sezione “bandi e contratti”, o altre forme di pubblicità.
L’ avviso indica ... le eventuali categorie e fasce di importo in cui l’ amministrazione intende suddividere l’ elenco e gli eventuali requisiti minimi, richiesti per l’ iscrizione
- L’ amministrazione procede alla valutazione delle istanze di iscrizione nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell’ istanza.
- La stazione appaltante prevede le modalità di revisione dell’elenco, con cadenza prefissata – ad esempio semestrale – o al verificarsi di determinati eventi, così da disciplinarne compiutamente modi e tempi di variazione.

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

- La trasmissione della richiesta di conferma dell'iscrizione e dei requisiti può avvenire via PEC... Gli elenchi sono pubblicati sul sito della stazione appaltante
- La stazione appaltante esclude dagli elenchi gli operatori economici che secondo motivata valutazione della stessa stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale.
- B) Confronto competitivo successivo all'indagine di mercato
 - Una volta conclusa l'indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero almeno pari a cinque.

In ragione dell'espressa previsione dell'art. 36 c. 2 lett. b), la stazione appaltante è comunque tenuta al rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

- Modalità di partecipazione

L'invito ai soggetti selezionati contiene almeno: a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e prestazionali e il suo importo complessivo stimato; b) i requisiti generali, di idoneità professionale e quelli economico-finanziari/tecnico-organizzativi richiesti; c) il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa; d) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione; e) il criterio di aggiudicazione e, nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, gli elementi di valutazione e la relativa ponderazione; f) la misura delle penali; g) l'indicazione dei termini e delle modalità di pagamento; h) l'eventuale richiesta di garanzie; i) il nominativo del RUP; j) la volontà di procedere alla verifica dell'anomalia ex art. 97 c.8; k) lo schema di contratto ed il capitolato tecnico, se predisposti.

- Il possesso dei requisiti, autocertificati dall'operatore economico, è verificato dalla stazione appaltante secondo le modalità di cui ai c. 5 e 6 dell'art. 36 d.lgs. 50/2016. La verifica è obbligatoria nei confronti del solo aggiudicatario

Procedura negoziata ed affidamento diretto secondo ANAC

Linee guida attuative del nuovo Codice

- C) Stipula del contratto: Ai sensi dell' art. 32, comma 14, del Codice, la stipula del contratto avviene, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell' Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata. Per espressa previsione dell' art. 32, comma 10, è esclusa l' applicazione del termine dilatorio di 35 giorni per la stipula del contratto.
- Pubblicazione: La pubblicazione dell' elenco dei soggetti invitati, disposta dal comma 2, lett. b) dell' art. 36 unitamente alla pubblicazione dell' esito della procedura negoziata, rientra tra gli obblighi di pubblicità già previsti a carico delle stazioni appaltanti dall' art. 1, comma 32, della legge n. 190/2012. Un utile complemento alla pubblicazione dei menzionati dati è rappresentato dalla previa pubblicazione dell' esito dell' indagine di mercato

Il Soccorso istruttorio

Art. 38 c.2 bis D.Lgs.n.163/2006 (abrogato):

La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 (dichiarazione sostitutiva requisiti di ordine generale) obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.

Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara.

Soccorso istruttorio e ulteriori integrazioni

- Integrazione dell' art.46 con l' introduzione del comma 1 ter
Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.
- **CFR Det. ANAC n.1/08.01.2015 “Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell’ art.38 c. 2 bis e dell’ art.46 c.1 ter” (soccorso istruttorio):**
*“Occorre dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle autodichiarazioni rese dai concorrenti) e, dunque, l’ esclusione dalla gara potrà essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta, o addirittura omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito.
Le irregolarità essenziali, ai fini di quanto previsto dall’ art. 38, comma 2-bis, coincidono con le irregolarità che attengono a dichiarazioni ed elementi inerenti le cause tassative di esclusione (come individuate nella determinazione n. 4/2012), previste nel bando, nella legge o nel disciplinare di gara, in ordine alle quali non è più consentito procedere ad esclusione del concorrente prima della richiesta di regolarizzazione da parte della stazione appaltante – fatta eccezione per quelli che afferiscono all’ offerta nei termini sopra indicati”*

Soccorso istruttorio e ulteriori integrazioni

- Det. ANAC n.1/08.01.2015: Stante il tenore della disposizione di cui all'art. 38, comma 2-*bis*, secondo cui la sanzione è fissata “in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro”, le stazioni appaltanti sono tenute a fissare negli atti di gara l'importo della sanzione (entro i limiti normativamente previsti), in modo da autovincolare la loro condotta a garanzia dell'imparzialità e della parità di trattamento nei confronti delle imprese concorrenti. Con specifico riferimento agli appalti suddivisi in lotti, la sanzione deve essere commisurata all'importo del lotto per cui si concorre ...
- ... In caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, invece, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara. Per tale ipotesi la stazione appaltante dovrà espressamente prevedere nel bando che si proceda, altresì, all'incameramento della cauzione esclusivamente nell'ipotesi in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza del requisito dichiarato. All'incameramento, in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio

Soccorso istruttorio e ulteriori integrazioni

- Parere ANAC n.223 del 22/12/2015: “Le dichiarazioni incomplete relative ai requisiti di ordine generale possono formare oggetto di soccorso istruttorio in quanto assume rilievo la sussistenza sostanziale e non la formalità, né la completezza del contenuto della dichiarazione stessa”
- TAR Sardegna n. 87/2016: “La disposizione contenuta nel comma 2 bis dell’art.38 si colloca strettamente nell’ambito di un articolo riferito ai requisiti generali d certificare in gara, tramite dichiarazioni sostitutive, e concerne le caratteristiche individuali dei partecipanti ... (la sanatoria a pagamento) è riferita, indubitabilmente, a dichiarazioni sostitutive ed elementi concernenti i requisiti di partecipazione e rilevanti solo ai fini della fase di ammissione dei concorrenti ... non può essere estesa ad altri casi, altre attestazioni o dichiarazioni riferite ad altri oggetti ed ancor meno ad altre fasi successive a quelle di ammissione ... In definitiva l’esame dell’offerta economica non consente, nel quadro normativo vigente, l’esplicazione del potere di soccorso istruttorio”

Il soccorso istruttorio secondo il nuovo codice degli appalti

sottolineate in grassetto le novità

- Art. 83 c. 9: “Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma.

La mancanza, l' incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all' articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all' offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all' uno per mille e non superiore all' uno per cento del valore della gara e **comunque non superiore a 5.000 euro**, ((il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria ... n.d.r. *è sparita quest' ultima formulazione per cui se la versione definitiva sarà quella attuale l' appaltatore dovrà effettuare apposito versamento per sanare l' irregolarità*))... costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l' individuazione del o dei soggetti responsabili della stessa

Grazie per la cortese attenzione

*Le modalità di acquisizione sotto soglia comunitaria: il punto della riforma tra
spending review, nuovo codice e indirizzi operativi ANAC
Roma 13.07.2016*