

Avv. Dover Scalera - Avv. Gabriele Di Paolo

00198 Roma, Viale Liegi, 35 B

tel. 06 8080833 fax 06 8080731

studiolegale@scaleraedipaolo.

Il Recepimento delle Direttive Appalti e Concessioni ed i criteri della legge di delega

Avv. Dover Scalera



Le direttive 2014/23/CE, 2014/24/CE e 2014/25/CE riscrivono per la quarta volta (cd. "Direttive di quarta generazione") la normativa europea sui contratti pubblici e sostituiscono la direttiva 2004/18/CE, e la Direttiva 2004/17/CE che vengono conseguentemente abrogate. Rispetto a tali direttive maggiormente focalizzate sugli aspetti economici e la parità di trattamento degli operatori, le direttive di quarta generazione sono basate su un approccio nuovo in quanto connettono il settore degli appalti alla strategia Europa 2020 e li rendono funzionali a sviluppare una economia della conoscenza e dell'innovazione.

Recepimento orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia (ambito applicazione disciplina)

Delega al Governo per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

a) Divieto di gold plating: mantenimento livelli minimi di regolazione

b) Compilazione di un unico testo normativo contenente le norme sulle procedure di affidamento di gestione e di esecuzione degli appalti e dei contratti di concessione

c) Riordino e semplificazione del quadro normativo vigente tenendo in debita considerazione peculiarità dei settori

d) Semplificazione e riordino al fine di predisporre procedure non derogabili e riduzione dei tempi

e) Recepimento strumenti flessibilità delle tre direttive

f) semplificazione/digitalizzazione degli affidamenti

g) Divieto di affidamento con procedure derogatorie ad eccezione di urgenze di protezione civile determinate da calamità naturali

h) Riordino e semplificazione normativa beni culturali anche di sponsorizzazione, prevedendo modalità innovative

i) Criteri di sostenibilità ambientale ed energetica negli affidamento degli appalti e concessione

l) Armonizzazione norme in materia di trasparenza per ridurre la corruzione attraverso:

1. individuazione casi p.negoziata senza bando
2. Unificazione banche dati c/o ANAC con poteri di vigilanza e controllo x fase esecuzione e controllo evitare corruzione favorire promozione digitalizzazione procedure per garantire tracciabilità
3. Trasparenza atti e regolarità contributiva fiscale e patrimoniale impresa appaltatrice
4. Conti dedicati e tracciabilità
5. Sistema di premialità e penalità per la denuncia di richieste estorsive e corruttive da parte di imprese **whistle-blowers**

m) Conciliare requisiti capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa e professionale con max partecipazione

n) Pubblicità avvisi e bandi favorendo forme di pubblicità informatica con spese a carico del vincitore gara.

Delega al Governo per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

ANAC funzioni sviluppo migliori pratiche scambio informazione, poteri di controllo raccomandazione, adozione atti indirizzo, bandi e contratti tipo.

p) Individuazione casi in cui ANAC trasmette alle Camere apposite relazioni

q) Determinazione annuale costi standardizzati per tipo lavori, servizi e forniture;

r) Soccorso istruttorio non oneroso per elementi formali purché non attinenti il merito dell'offerta e verifica requisiti su banca dati centralizzata c/O Ministero infrastrutture e trasporti

s) Riduzione oneri documentali attraverso il DGUE (autodichiarazione aggiornata che funge da prova documentale)

t) Sistema qualificazione SA tenuto da ANAC x valutarne effettiva capacità tecnica e organizzativa

u) Revisione ed efficientamento procedure Consip

v) Tracciabilità flussi finanziari anche attraverso: centralizzazione committenze (livello aggregazione

Regionale per importi superiori alle soglie comunitarie; superiori a 100 mila euro ma inferiori alle soglie aggregazioni per Ambiti ottimali territorialmente omogenei

z) Contenere il ricorso alle varianti in corso d'opera con distinguo tra variazioni sostanziali e non in fase esecutiva con particolare riguardo agli insediamenti produttivi strategici ed alle infrastrutture strategiche; Variazione motivata e giustificata da condizioni impreviste e imprevedibili debitamente autotizzata al RUP e facoltà di rescissione contratto della PA **garantendo qualità progettuale e responsabilità progettista in caso di errori**

aa) Favore per l'OEV intesa come miglior rapporto qualità/prezzo e regolamentazione casi in cui è consentito il prezzo o il costo, modalità individuazione offerta anomala agevolate sottosoglia

bb) OEV esclusivo per servizi di ristorazione scolastica, ospedaliera e assistenziale, servizi sociali .

cc) Creazione presso ANAC di un Albo nazionale componenti commissioni giudicatrici x appalti e concessioni:

Delega al Governo per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

1: requisiti moralità di competenza e professionalità cause di incompatibilità e cancellazione dall'Albo;
2. Assegnazione pubblico sorteggio da lista di candidati in n doppio e rotazione;
3. Anac adotti disciplina generale tenuta Albo

dd) Adeguati livelli pubblicità e trasparenza anche per appalti e concessioni sottosoglia con invito almeno a 5 e adeguata rotazione affidamenti

ee) Rafforzamento funzione controllo SA con verifiche effettive e documentali attribuite al RUP ed al DL. NO attribuzione ruolo di RUP e DL al Contraente Generale o a soggetto collegato

ff) Creazione di Albo obbligatorio c/o ministero Infrastrutture di soggetti che possono ricoprire il compito di RUP, DL o collaudatore in caso di Contraente Generale

gg) Valorizzazione fase progettuale contratti appalto e concessione anche attraverso concorso progettazione; appalto integrato solo per opere a notevole contenuto tecnologico o innovativo superiore al 70% dell'importo totale; progetto esecutivo di norma a base d'asta; affidamento servizi ingegneria solo con OEV

hh) Revisione sistemi di garanzia per l'esecuzione ed aggiudicazione

ii) Revisione disciplina sistema validazione progetti stabilendo la soglia sotto la quale competente RP, divieto svolgimento contemporaneo validazione e progettazione.

ll) Razionalizzazione ed estensione del PPT anche attraverso strumenti di finanza innovativa

mm) Favorire riduzione tempi procedure PPT con studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria e già dotato di tutte le necessarie autorizzazioni entro la aggiudicazione

nn) Revisione sistema di qualificazione operatori economici in base anche alla reale capacità realizzativa, le competenze tecniche e professionali e le attività realmente eseguite; premialità regolate da ANAC connesse a criteri reputazionali **oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e costi di esecuzione e gestione contenziosi ricordati con rating di legalità e decadenza per fallimento o la sospensione x concordato anche in continuità**

Delega al Governo per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

oo) Revisione della disciplina avvalimento con particolare riferimento alle certificazioni di qualità o attestanti il possesso di adeguata organizzazione e rafforzando strumenti verifica ; esclusione avvalimento a cascata ed esclusione avvalimento per esperienza tecnica e professionale

pp) Razionalizzazione metodi risoluzione controversie alternativi al rimedio giurisdizionale limitando il ricorso alle procedure arbitrali ma riducendone i costi

qq) Miglioramento condizione accesso al mercato degli appalti e concessioni anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e agli altri servizi professionali dell'area tecnica per i piccoli e medi operatori e per i giovani professionisti e per le piccole e medie imprese nonché per le imprese di nuova costituzione anche attraverso divieto aggregazione artificiosa in lotti (!)

rr) Presidente Anac prima di applicare le previsioni art. 32 DL 90 del 2014 inviti la SA a procedere in autotutela se ve ne sono le condizioni

ss) Valorizzazione esigenze sociali e introduzione di premi per chi in fase di esecuzione si impegna ad utilizzare manodopera locale

tt) Adeguati livelli pubblicità e trasparenza anche per appalti e concessioni in house, previa istituzione presso ANAC di elenco affidamenti in house iscrizione dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti (!)

uu) Clausole sociali per stabilità occupazionale prestazioni labour intensive diversi da natura intellettuale, riferimento CCNL che ha le migliori condizioni per i lavoratori e utilizzando criterio esclusivo dell'OEV

vv) Previsione di una disciplina specifica per appalti lavori CCNL stipulati dalle associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative piano nazionale ed il cui ambito sia connesso oggetto appalto

zz) Disciplina organica concessioni con criteri per vincolare concessione alla attuazione piano finanziario rispetto tempi previsti per la realizzazione degli investimenti, procedure fine concessione e subentro

Delega al Governo per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

aaa) **Obbligo titolari concessioni lavori o servizi pubblici o privati esistenti o di nuova aggiudicazione di affidare tutti i contratti di lavori servizi e forniture di importo superiore a 150.000 euro con procedura evidenza pubblica previo periodo transitorio di 12 mesi, salvo concessioni affidate con PF o con procedura di gara ad evidenza pubblica cui si applicano le precedenti disposizioni.**

bbb) **Avvio procedure evidenza pubblica nuove concessioni autostradali almeno 24 mesi prima scadenza e divieto di proroga**

ccc) **Disciplina transitoria affidamento concessioni autostradali che alla data di entrata in vigore del decreto siano scadute o prossime alla scadenza nonché le concessioni (non solo autostradali) per le quali la SA esercita un controllo analogo sulle concessionarie**

ddd) **Nuove procedure di affidamento per sperimentare procedure e sistemi telematici già utilizzati per le aste telematiche**

eee) **Promozione procedure affidamento interamente telematiche garantendo il soddisfacimento obiettivo miglior rapporto qualità prezzo.**

fff) Trasparenza partecipazione processi decisionali portatori di interessi specifici

ggg) **Previsione di forme di Debat Public e procedure di acquisizione consensi tecnici amministrativi semplice vincolante e non modificabile nel tempo**

hhh) **Disciplina specifica subappalto con indicazione quote e nominativi rosa di tre subappaltatori per ogni tipo di lavorazione; possibilità pagamento diretto subappaltatori in caso di inadempimento dell'appaltatore o se lo chiede il subappaltatore nonché per i servizi e le forniture forniti.**

III) Nuovo regolamento di esecuzione del codice ispirato ai principi di razionalizzazione e semplificazione amministrativa

mmm) Abrogazione espressa DPR 207/2010 dalla entrata in vigore del regolamento di cui alla lettera III)

NUOVE DIRETTIVE ELEMENTI SALIENTI
Ambito di applicazione della disciplina

- **Eliminazione distinzione servizi “A” e servizi “B”**
- **Esclusione cooperazione pubblico – pubblico e in house rispetto al quale il testo della Direttiva differisce da quello licenziato dalla commissione:**
 - Effettuazione di oltre l’80% dell’attività a favore delle amministrazioni controllanti;
 - Divieto partecipazione diretta di capitali privati salvo che la partecipazione dei privati non comporti poteri di veto

Maggiore flessibilità delle procedure

Si amplia il ventaglio delle procedure

Considerando 42:

➤ È indispensabile che le AA dispongano di maggiore flessibilità nella scelta della procedura d'appalto che prevede la negoziazione

➤ E' opportuno che gli Stati membri abbiano la facoltà di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati soddisfacenti.



- Più ampio ricorso alla procedura competitiva con negoziato (art. 29)
- Dialogo competitivo(art. 30)
- Partenariato per l'innovazione (art. 31)

Dialogo competitivo un confronto

Procedura competitiva con negoziazione

- Bando o avviso di preinformazione
- Termine domande 30 giorni
- Solo gli operatori invitati possono presentare offerta
- Possibilità limitare il n candidati
- Indicazione avviso: oggetto esigenze, caratteristiche, criteri e requisiti minimi
- Termine ricezione offerte 30 gg
- **Le informazioni fornite sono sufficientemente precise da permettere agli oe di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se partecipare.**
- **Non è possibile negoziare i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione**

Dialogo competitivo

- Solo bando
- Termine domande 30 giorni
- Solo gli operatori invitati possono partecipare al dialogo
- Indicazione bando: esigenze requisiti e criteri **manca l'oggetto**
- Avvio del dialogo x individuazione mezzi più idonei a soddisfare le necessità
- Garanzia parità trattamento
- Possibilità fasi successive
- Chiusura del dialogo: invito a presentare offerte
- Possibile fase di negoziazione con l'offerente selezionato purchè non modifiche elementi essenziali dell'offerta o dell'appalto pubblico
- **Aggiudicazione solo all'offerta economicamente più vantaggiosa**

conseguenze

FOCUS sulla PA alla quale viene riconosciuta maggiore discrezionalità nell'utilizzo della procedura competitiva con negoziazione (empowering AA)

Ipotesi di ricorso alla procedura competitiva con negoziazione sono previste ma sono talmente ampie da lasciare margine di manovra.

Criteri reputazionali lettera nn)

- nn) Revisione sistema di qualificazione operatori economici in base anche alla reale capacità realizzativa, le competenze tecniche e professionali e le attività realmente eseguite; premialità regolate da ANAC connesse a criteri reputazionali **oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e costi di esecuzione e gestione contenziosi raccordati con rating di legalità e decadenza per fallimento o la sospensione x concordato anche in continuità**

Requisiti reputazionali sotto il profilo concorrenziale e qualitativo

- **Art. 38 dlgs 163/06 “reputazione negativa”** : la condotta pregressa degli operatori quale causa ostativa alla partecipazione;
- **Art. 40 dlgs 163/06 “Reputazione positiva”**: anche se art.40 c.9 parla di referenze che hanno consentito il rilascio della attestazione, non c'è adeguata valorizzazione del patrimonio informativo sulle performance pregresse degli o.e.

Mentre il contenuto dei criteri di reputazione negativa sono definiti non sono definiti i contenuti dei criteri di reputazione positiva.

Qualità della prestazione intesa come efficienza prestazione globalmente intesa

inclusiva dei costi e tempi di realizzazione •

- Attualmente infatti, la appropriata valutazione prestazione: connessa solo ad un meccanismo virtuoso di incentivazione ed innalzamento qualitativo ora affidato solo a garanzie di tipo assicurativo ed al sistema di qualificazione



- Garanzie di tipo assicurativo possono non essere sufficienti a compensare il detrimento agli interessi della collettività come utente finale
- Sistema qualificazione: per come concepito non premia le imprese che sono riuscite a costruire una identità di contraente affidabile.

Casellario informatico e requisiti reputazionali

- Requisiti reputazionali positivi trovano il proprio fondamento all'art.8 del dpr 207/2010 (ex art. 27 comma laddove prevede 2 Dpr 34/2000) lettera dd) *“l’inserimento di tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall’esecuzione dei lavori, sono dall’Autorità ritenute utili ai fini della tenuta del casellario”*
- *per i servizi e le forniture:art. 8 comma 3 dpr 207/2010.*

Elementi reputazionali

- Penali applicate a fronte di inadempimenti contrattuali
- Rispetto leggi o regolamenti per es in materia di misure di sicurezza
- Contenzioso in fase esecutiva
- Elementi di performance quali customer satisfaction o altre valutazioni (cfr AVCP documento preliminare su utilizzo criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese)

Criteri reputazionali solo “a monte” procedure ad invito

- Procedure negoziate per scelta soggetti da invitare
- Procedure in economia
- Settori esclusi

in prospettiva del recepimento

utilizzo referenze positive anche ai fini della qualificazione ad es:

- incremento convenzionale premiante legato ad indici di comportamento e non solo a parametri economici-organizzativi.
- Riduzione della cauzione
- strumento per individuare imprese da invitare alle procedure

Decreto-legge 1/2012 (art.1, art. 4, artt. 5-bis, 5-ter), Rating di legalità delle imprese

- **1. Al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è attribuito il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del sopraindicato scopo anche in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché di procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, alla elaborazione ed all'attribuzione, su istanza di parte, di un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza, secondo i criteri e le modalità stabilite da un regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione.**
- **Al fine dell'attribuzione del rating, possono essere chieste informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni. Del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Gli istituti di credito che omettono di tener conto del rating attribuito in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta.**

AGCOM per richiedere il Rating

- imprese operative in Italia
- che abbiano raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso l'anno precedente
- che siano iscritte al registro delle imprese da almeno due anni.

DA UNA A TRE 'STELLETTE'

Una 'stelletta'

- Per ottenere il punteggio minimo l'azienda dovrà dichiarare che l'imprenditore e gli altri soggetti rilevanti ai fini del *rating* (direttore tecnico, direttore generale, rappresentante legale, amministratori, soci) non sono destinatari di misure di prevenzione e/o cautelari, sentenze/decreti penali di condanna, sentenze di patteggiamento per reati tributari ex d.lgs. 74/2000, per reati ex d.lgs. n. 231/2001, per i reati di cui agli articoli 346, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 del codice penale e per il reato di cui all'art. 2, commi 1 e 1 bis del d.l. n. 463/1983, convertito dalla legge n. 638/1983. Per i reati di mafia, oltre a non avere subito condanne, non deve essere stata iniziata azione penale ai sensi dell'art. 405 c.p.p., né l'impresa dovrà essere destinataria di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità. Nei confronti dell'impresa, inoltre non dovrà essere stato disposto il commissariamento in base al d.l. n.90/2014 successivamente convertito in legge. L'impresa stessa non deve essere destinataria di sentenze di condanna né di misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al citato d.lgs. n. 231/2001.
- nel biennio precedente la richiesta di *rating*, essere stata condannata per illeciti *antitrust* gravi o per violazioni del codice del consumo, per mancato rispetto delle norme a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, per violazioni degli obblighi retributivi, contributivi, assicurativi e fiscali nei confronti dei propri dipendenti e collaboratori.
- Non dovrà inoltre avere subito accertamenti di un maggior reddito imponibile rispetto a quello dichiarato, né avere ricevuto provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici per i quali non abbia assolto gli obblighi di restituzione e non essere destinataria di provvedimenti di accertamento del mancato pagamento di imposte e tasse.
- Dovrà inoltre dichiarare di non essere destinataria di provvedimenti sanzionatori dell'ANAC di natura pecuniaria e/o interdittiva e che non sussistono annotazioni nel Casellario informatico delle imprese di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 207/2010 che implicino preclusioni alla stipula di contratti con la Pubblica amministrazione o alla partecipazione a procedure di gara o di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi o forniture.
L'impresa dovrà inoltre dichiarare di effettuare pagamenti e transazioni finanziarie di ammontare superiore alla soglia di mille euro esclusivamente con strumenti di pagamento tracciabili.

Da due a tre 'stellette'

- Il regolamento prevede ulteriori requisiti che, se rispettati, garantiranno alle imprese il punteggio massimo di 3 stellette. Se ne verranno rispettati almeno 6 si otterranno due stellette. In particolare le aziende dovranno:
- rispettare i contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e da Confindustria, delle linee guida che ne costituiscono attuazione, del Protocollo sottoscritto dal Ministero dell'Interno e dalla Lega delle Cooperative , e a livello locale dalle Prefetture e dalle associazioni di categoria;
- utilizzare sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge;
- adottare una struttura organizzativa che effettui il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa o un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001;
- adottare processi per garantire forme di *Corporate Social Responsibility*;
- essere iscritte in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa;
- avere aderito a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria;
- di aver adottato modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione.

- decadenza per fallimento
- la sospensione x concordato "con riserva" o anche in continuità aziendale.
- ANAC Determina 8 aprile 2015 effetti del concordato in bianco sulla disciplina appalti pubblici

Utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

lettera aa) Favore per l'OEV intesa come miglior rapporto qualità/prezzo e regolamentazione casi in cui è consentito il prezzo o il costo, modalità individuazione offerta anomala agevolate sottosoglia.

- **art. 81 dlgs 163/06:** . Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il **criterio del prezzo più basso** o con il criterio **dell'offerta economicamente più vantaggiosa**.
- 2. Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta.

Considerando 90 della Direttiva 24 e Art. 67 Direttiva 24

- accanto alla preferenza accordata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i due criteri di aggiudicazione tradizionali cambiano di contenuto nel senso che ciascuno di essi deve essere capace di esprimere il **miglior rapporto prezzo/qualità ovvero costo/efficacia**; il criterio del "prezzo più basso" non dovrebbe più essere un fattore determinante per l'assegnazione dei contratti, ma dovrebbe essere sostituito da criteri più ampi che includano l'impatto sociale e ambientale della proposta e prendano in considerazione l'intero ciclo di produzione del bene o del servizio in appalto.