

I Contratti pubblici (parte I)

Introduzione

Benvenuti!

In questa lezione tratteremo la materia dei Contratti pubblici, le fonti, le definizioni e le varie tipologie di procedura di evidenza pubblica applicabili.

In particolare, andremo ad approfondire:

- le fonti europee e nazionali della normativa
- le definizioni relative al “mondo” dei contratti pubblici
- le procedure di gara applicabili agli appalti sopra e sotto-soglia di rilevanza comunitaria

Cominciamo ad analizzare il primo punto.

Le fonti della normativa sui contratti pubblici

A livello europeo, ad oggi, la disciplina dei Contratti pubblici è stabilita da:

- Direttiva n. 23/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione
- Direttiva n. 24/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, sull’aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari
- Direttiva n. 25/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, sull’aggiudicazione degli appalti nei settori speciali

A livello nazionale, le predette direttive sono state recepite con il Decreto Legislativo del 18 aprile 2016, n. 50, il c.d. **Codice dei contratti pubblici**.

Il nostro Codice dei contratti pubblici ha subito molte e rilevanti modifiche da quando è stato emanato, ad esempio con:

- il D.Lgs. n. 56/2017 (il cd. “**Decreto Correttivo**”)

- poi con il D.Lgs. 55/2019 (il cd. “**Decreto Sblocca Cantieri**”)
- e da ultimo con il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni con la L. 11 settembre 2020, n. 120 (il c.d. “**Decreto Semplificazioni**”)

Inoltre, la normativa nazionale sui contratti pubblici include, oltre al Codice, anche al c.d. “*soft law*”, ossia le Linee Guida dell’ANAC e i numerosi Regolamenti ministeriali, attuativi del Codice.

Una parte della *soft law* sarà sostituita da un unico Regolamento di Attuazione, che, tuttavia, deve ancora essere emanato.

Le definizioni relative ai contratti pubblici

Il Codice sancisce che i contratti pubblici sono “*i contratti di **appalto** o di **concessione** aventi per oggetto l’acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l’esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle **stazioni appaltanti***”.

A tale definizione aggiungiamo anche che i contratti pubblici sono affidati mediante una **procedura ad evidenza pubblica**.

Le “parole chiave” della definizione di contratti pubblici sono quindi:

- appalto o concessione
- stazione appaltante
- procedura ad evidenza pubblica

Vediamole insieme una per una.

Innanzitutto un contratto pubblico può essere un appalto o una concessione.

Le **concessioni** possono essere di servizi o di lavori. In caso di concessione di lavori si parla di “un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l’esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo **a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere** oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con **assunzione in capo al concessionario del rischio operativo** legato alla gestione delle opere”.

Gli **appalti** sono dei contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi.

In particolare, gli appalti pubblici di lavori sono i contratti che hanno per oggetto:

- 1) l’esecuzione di lavori di nuova costruzione, trasformazione di un’opera esistente, lavori di ordinaria o straordinaria manutenzione
- 2) oppure la progettazione esecutiva e l’esecuzione di un’opera (appalto integrato)

Passando alla seconda parola chiave nella definizione di contratto pubblico ci chiediamo quali sono le Stazioni Appaltanti che affidano i contratti pubblici.

Le **stazioni appaltanti**, secondo quanto stabilito dal Codice, possono essere:

- sia **soggetti di diritto pubblico**, quali le Amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali (es. i Comuni), gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, nonché le associazioni, unioni, consorzi, costituiti da detti soggetti (es. le Unioni tra Comuni)
- sia **soggetti di diritto privato** tenuti all'osservanza delle disposizioni del Codice. Questa ipotesi si verifica, ad esempio, quando un Comune sottoscrive una convenzione urbanistica con una società di diritto privato che si occupa di sviluppo immobiliare. La società privata, in forza della convenzione urbanistica stessa, si assume l'obbligo di realizzare le opere pubbliche e/o di interesse pubblico afferenti al proprio progetto di sviluppo immobiliare (come ad esempio strade, scuole, parchi), in osservanza della disciplina del Codice dei contratti pubblici. E le predette opere pubbliche, una volta realizzate, sono poi trasferite dal soggetto attuatore privato al Comune

Quindi, quando un soggetto rientra nella definizione di “stazione appaltante” è obbligato ad applicare il Codice dei contratti pubblici per l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori.

Tanto detto, i contratti pubblici (tutti i contratti pubblici, sia quelli dei settori speciali, sia quelli dei settori ordinari) possono avere ad **oggetto**:

- servizi
- forniture
- lavori

Fissate quindi le definizioni di “contratto pubblico”, “concessione”, “appalto”, “stazione appaltante”, “oggetto del contratto di appalto”, è importato segnalare, inoltre, che il “mondo” dei contratti pubblici si divide in due macro-settori:

- i **“settori speciali”**, che sono i settori dei contratti pubblici relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica
- e i **“settori ordinari”**, che sono tutti i settori diversi da tutti quelli appena citati

I settori speciali sono disciplinati dagli articoli 144 e seguenti del Codice dei contratti pubblici, anche se, ad essi si applicano comunque gran parte delle norme che riguardano i settori ordinari.

Sia per i settori speciali, sia per i settori ordinari, se una Stazione Appaltante vuole affidare un appalto, deve esperire una delle procedure previste dal Codice.

Vediamo ora quali sono queste procedure.

Le procedure di evidenza pubblica

Gli affidamenti pubblici si dividono in:

- procedure **sotto-soglia** di rilevanza comunitaria
- procedure **sopra-soglia** di rilevanza comunitaria

Le **soglie di rilevanza comunitaria** sono:

- a) euro **5.350.000** per gli **appalti pubblici di lavori** e per le concessioni
- b) euro **139.000** per gli appalti pubblici di **forniture, di servizi** e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle Amministrazioni aggiudicatrici che sono **autorità governative centrali** indicate nell'allegato III del Codice (ad es. i Ministeri)
- c) euro **214.000** per gli appalti pubblici di **forniture, di servizi** e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da **Amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali**
- d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX del Codice

Per quanto riguarda le diverse procedure di gara applicabili ai contratti sotto e sopra-soglia di rilevanza comunitaria è fondamentale specificare che il **Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020, convertito dalla L. 120/2020)**:

- ha modificato, in modo molto significativo, la disciplina del Codice con riferimento, in particolare, proprio alle tipologie di gara in relazione agli importi degli appalti, nonché ad alcuni altri aspetti specifici (quali, ad esempio, la disciplina del sopralluogo e delle garanzie)
- inoltre, detto Decreto è correlato all'emergenza sanitaria e ha, quindi, un **ambito temporale di applicazione limitato alle sole gare avviate a tutto il 31 dicembre 2021**

Quindi, la disciplina "eccezionale" che vi sto per esporre trova applicazione **alle sole gare avviate sino al 31 dicembre 2021** ed è, quindi, diversa da quella prevista dal Codice dei contratti pubblici, che tornerà ad essere applicata dal 1° gennaio del prossimo anno (2022).

Per gli affidamenti di importo **pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria (€ 5.350.000 per gli appalti pubblici di lavori)**, il Decreto Semplificazioni prevede l'applicazione delle seguenti procedure:

- procedura aperta
- procedura ristretta
- procedura competitiva con negoziazione, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti di legge

Per gli affidamenti di importo **inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria**:

- per i lavori di importo inferiore a € 150.000 e servizi (*ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione*) di importo inferiore a € 75.000 è previsto l'**affidamento diretto** del contratto ad un operatore economico scelto **senza gara** dalla Stazione Appaltante
- per i lavori di importo pari o superiore a € 150.000 e inferiore a € 350.000 e servizi (*ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione*) di importo pari o superiore a € 75.000 e fino alle soglie di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016 è prevista l'applicazione della **procedura negoziata**, senza bando, di cui all'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016, **previa consultazione di almeno 5 operatori economici**
- per i lavori di importo pari o superiore a € 350.000 e inferiore a € 1.000.000 è prevista l'applicazione della **procedura negoziata**, senza bando, di cui all'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016, **previa consultazione di almeno 10 operatori economici**

- per i lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000 e inferiori alle soglie di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016 è prevista l'applicazione della **procedura negoziata**, senza bando, di cui all'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016, **previa consultazione di almeno 15 operatori economici**.

Quindi, riepilogando, **con specifico riferimento agli appalti di lavori**, questi vengono affidati:

- con **procedura aperta o ristretta** (o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti di legge, con procedura negoziata) se superano la soglia comunitaria di 5.350.000 euro a base di gara
- con **procedura negoziata, senza bando, previa consultazione di:**
 - **almeno 15 operatori economici** per i lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000 e inferiori a € 5.350.000
 - **almeno 10 operatori economici** per i lavori di importo pari o superiore a € 350.000 e inferiore a € 1.000.000
 - **almeno 5 operatori economici** per i lavori di importo pari o superiore a € 150.000 e inferiore a € 350.000
- con **affidamento diretto** (senza gara) per i lavori di importo inferiore a € 150.000

Dopo l'introduzione del Decreto Semplificazioni che, come abbiamo detto, ha inciso significativamente sulla disciplina del Codice dei contratti pubblici, tutti i soggetti che operano nel settore degli appalti pubblici si sono interrogati se fosse possibile continuare ad affidare **tutti gli appalti**, quindi anche quelli sotto la soglia di rilevanza comunitaria, mediante la procedura aperta.

Il dubbio è sorto perché il Decreto Semplificazioni prevede espressamente che gli appalti sotto-soglia debbano essere affidati mediante procedura negoziata, non facendo alcun riferimento alla procedura aperta.

Trascorsi oramai alcuni mesi dall'entrata in vigore del Decreto Semplificazioni, si può affermare che l'**orientamento maggioritario** ritiene che una Stazione Appaltante possa **sempre decidere** di applicare la **procedura aperta**, anche per i sotto-soglia.

Conclusioni

Con questa ultima riflessione, concludiamo la prima parte della lezione sui Contratti pubblici.

Ricordiamo che in questa video lezione abbiamo analizzato:

- le fonti della normativa sui contratti pubblici
- le definizioni relative ai contratti pubblici
- le procedure di gara applicabili agli appalti sopra e sotto-soglia di rilevanza comunitaria

Grazie dell'attenzione