

ALLEGATO 1

DOCUMENTO DI INQUADRAMENTO GIURIDICO

per gli interventi previsti dal Programma degli interventi di infrastrutturazione del porto di Piombino approvato con ordinanza commissariale n. 24 del 11/11/2013

Atti di riferimento:

- D.L. 67/1997 convertito con modificazione dalla L. 135/1997
- Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri del 4 luglio 1997
- Direttive n. 2004/17/CE e 2004/18/CE
- D.Lgs. n. 163/2006 (“Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)

1 - Premessa

Le deroghe al D.Lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici”) in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi da affidare per la realizzazione degli interventi straordinari oggetto della presente ordinanza, sono stabilite, secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico italiano e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ove ritenuto indispensabile e sulla base di specifica motivazione.

2 - Inquadramento deroghe relative ad appalti di importo pari o superiore alla soglia di rilievo comunitario

Quanto evidenziato in premessa consente di stabilire la seguente interpretazione delle deroghe al Codice dei contratti (D.Lgs. n. 163/2006) da adottare in attuazione della ordinanza.

Per gli appalti di rilievo comunitario (importo pari o superiore a 5.186.000 euro per lavori e a 207.000 euro per forniture e servizi):

a) sono totalmente derogabili tutti gli articoli del Codice dei contratti che contengono esclusivamente norme introdotte dal legislatore nazionale e assenti nelle direttive comunitarie, in particolare gli articoli:

- 6-bis. “Banca dati nazionale dei contratti pubblici”;
- 7 “Osservatorio dei Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”;
- 8 “Disposizioni in materia di organizzazione e di personale dell’Autorità e norme finanziarie”;
- 10 “Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”;
- 12 “Controlli sugli atti delle procedure di affidamento”;
- 48 “Controlli sul possesso dei requisiti”;
- 53 “Tipologia e oggetto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”;
- 66 “Modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi” (sono derogabili esclusivamente i commi 7 e 8);
- 75 “Garanzie a corredo dell’offerta”;
- 80 “Spese di pubblicità, inviti, comunicazioni”;
- 82 “Criterio del prezzo più basso”;
- 84 “Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”;
- 86 “Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse”;
- 88 “Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse”;
- 89 “Strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi”;
- 90 “Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici”;

- 91 “Procedure di affidamento”;
- 92 “Corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti”;
- 93 “Livelli della progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori”;
- 94 “Livelli della progettazione per gli appalti di servizi e forniture e requisiti dei progettisti”;
- 95 “Verifica preventiva dell’interesse archeologico in sede di progetto preliminare”;
- 96 “Procedura di verifica preventiva dell’interesse archeologico”;
- 97 “Procedimento di approvazione dei progetti”;
- 98 “Effetti dell’approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi”;
- 111 “Garanzie che devono prestare i progettisti”;
- 112 “Verifica della progettazione prima dell’inizio dei lavori”;
- 113 “Cauzione definitiva”;
- 114 “Varianti in corso di esecuzione del contratto”;
- 119 “Direzione dell’esecuzione del contratto”;
- 120 “Collaudo”;
- 126 “Ambito di applicazione”;
- 127 “Consiglio superiore dei lavori pubblici”;
- 128 “Programmazione dei lavori pubblici”;
- 129 “Garanzie e coperture assicurative per i lavori pubblici”;
- 130 “Direzione dei lavori”;
- 132 “Varianti in corso d’opera”;
- 134 “Recesso”;
- 133 “Termini di adempimento, penali, adeguamenti dei prezzi”;
- 141 “Collaudo dei lavori pubblici”;
- 143 “Caratteristiche delle concessioni di lavori pubblici”;
- 153 “Finanza di progetto”;
- 182 “Campo di applicazione”;
- 197 “Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici relativi ai beni culturali”;
- 204 “Sistemi di scelta degli offerenti e criteri di aggiudicazione”;
- 205 “Varianti”;
- 239 “Transazione”;
- 240-bis “Definizione delle riserve”;
- 242 “Camera arbitrale e albo degli arbitri”;
- 243 “Ulteriori norme di procedura per gli arbitrati in cui il presidente è nominato dalla camera arbitrale”.

Sono, inoltre, derogate totalmente le norme del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 per le parti strettamente collegate all’applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti qui sopra elencate nonché, in maniera analoga, le corrispondenti norme regionali.

b) non sono derogabili, invece, visto quanto detto in premessa, i seguenti articoli del Codice dei contratti che recepiscono istituti di diretta derivazione comunitaria:

- 6 “Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”;
- 9 “Sportello dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”;
- 11 “Fasi delle procedure di affidamento” (la deroga non è ammessa in relazione ai soli commi 10, 10-bis e 10-ter);
- 13 “Accesso agli atti e divieti di divulgazione”;
- 14 “Contratti misti”;
- 29 “Metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici”;
- 33 “Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza”;
- 37 “Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti”;
- 40 “Qualificazione per eseguire lavori pubblici”;
- 41 “Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi”;
- 42 “Capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi”;

- 45 “Elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi”;
- 49 “Avvalimento”;
- 54 “Procedure per l’individuazione degli offerenti”;
- 55 “Procedure aperte e ristrette”;
- 56 “Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara”;
- 57 “Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara”;
- 62 “Numero minimo dei candidati da invitare nelle procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo – Forcella”;
- 63 “Avviso di preinformazione”;
- 64 “Bando di gara”;
- 65 “Avviso sui risultati della procedura di affidamento”;
- 66 “Modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi” (la deroga non è ammessa in relazione ai commi da 1 a 6 e da 9 a 15);
- 67 “Inviti a presentare offerte, a partecipare al dialogo competitivo, a negoziare”;
- 68 “Specifiche tecniche”;
- 69 “Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell’invito” (la deroga non è ammessa in relazione ai soli commi 1 e 2);
- 70 “Termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte”;
- 71 “Termini di invio ai richiedenti dei capitolati d’oneri, documenti e informazioni complementari nelle procedure aperte”;
- 72 “Termini di invio ai richiedenti dei capitolati d’oneri, documenti e informazioni complementari nelle procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo”;
- 76 “Varianti progettuali in sede di offerta”;
- 77 “Regole applicabili alle comunicazioni”;
- 78 “Verbali”;
- 79 “Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni”;
- 79-bis “Avviso volontario per la trasparenza preventiva”;
- 81 “Criteri per la scelta dell’offerta migliore”;
- 83 “Criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa” (la deroga non è ammessa in relazione ai commi da 1 a 3);
- 87 “Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse”;
- 118 “Subappalto e attività che non costituiscono subappalto”;
- 144 “Procedure di affidamento e pubblicazione del bando relativo alle concessioni di lavori pubblici” (la deroga non è ammessa in relazione ai commi da 2 a 4: in relazione al comma 4 vedi quanto detto per l’art. 66);
- 240 “Accordo bonario”;
- 241 “Arbitrato”.

Per questi articoli, la deroga si può intendere solo nel senso che si possono ritenere derogabili le sole specifiche eventualmente aggiunte dal legislatore nazionale rispetto alla mera previsione della norma comunitaria: ad esempio, non è derogabile l’istituto del subappalto, previsto dagli art. 25 direttiva 2004/18/CE e 37 direttiva 2004/17/CE, ma sono derogabili le specifiche aggiunte rispetto alla pura previsione comunitaria dall’art. 118 del Codice, ad esempio in materia di limiti percentuali al subappalto; identico discorso per l’art. 37 sui raggruppamenti temporanei d’impresa, per l’art. 40 sulla qualificazione per eseguire lavori pubblici, per l’art. 49 in materia di avvalimento e per gli articoli 240 e 241 sull’accordo bonario e sull’arbitrato).

In sostanza, per gli appalti di lavori, forniture e servizi di rilievo comunitario si applicano le regole ordinarie in tema di scelta del contraente previste dalle direttive comunitarie e recepite fedelmente dal Codice dei contratti, con le sole eccezioni relative alle norme del Codice che contengono istituti non previsti dalle direttive comunitarie o alle parti delle stesse norme nazionali che eventualmente integrano il contenuto delle direttive comunitarie.

Tali ordinarie regole di scelta del contraente di matrice comunitaria, che prevedono normalmente un confronto concorrenziale tra i soggetti interessati all'appalto (art. 55, 56 e in parte anche art. 57), devono accompagnarsi con le ordinarie regole comunitarie in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi (art. 66) e di termini di ricezione delle domande e delle offerte (art. 70). Restano ferme, in ogni caso, le possibilità di affidamento diretto previste dalle direttive comunitarie e recepite principalmente dall'art. 57 del Codice.

2.1 – Lavori pubblici, forniture e servizi di importo pari o superiore alla soglia di rilievo comunitario

a) Procedure di scelta del contraente da utilizzarsi per importi pari o superiori a 5.186.000 euro per lavori pubblici e a 207.000 euro per forniture e servizi:

procedura aperta;
forme di pubblicità:

- obbligatorio il rispetto dei commi da 1 a 6 e da 9 a 15 dell'art. 66 del D.Lgs. n. 163/2006 (tali commi non sono derogabili);

- possibile la deroga ai commi 7 e 8 dell'art. 66 del D.Lgs. n. 163/2006 [riguardo la pubblicità minima a livello nazionale, si consiglia almeno il Profilo del committente della stazione appaltante, l'Albo pretorio del Comune in cui si eseguono i lavori, i servizi o si consegnano le forniture e il sito dell'Osservatorio regionale (SITAT-SA)];

termini di presentazione delle offerte di cui all'art. 70 D.Lgs. n. 163/2006: tale articolo, infatti, non è derogabile;

ulteriori deroghe ammesse:

- agli articoli del D.Lgs. n. 163/2006 elencati sotto la lettera a) del punto 2., che contengono istituti non previsti dalle direttive comunitarie;

- agli articoli del D.Lgs. n. 163/2006 elencati sotto la lettera b) del punto 2. nelle sole parti eventualmente integrative del contenuto delle direttive comunitarie: ad esempio, in materia di raggruppamenti temporanei (art. 37), di avvalimento (art. 49), di limiti percentuali al subappalto (art. 118), di accordo bonario (art. 240), di arbitrato (art. 241) ed altre;

3 – Inquadramento deroghe relative ad appalti di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario

Per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario (importo inferiore a 5.186.000 euro per lavori e a 207.000 euro per forniture e servizi), per i quali, come è noto, non si applicano direttamente tutti i contenuti delle direttive ma solo i principi delle direttive stesse, l'impatto delle deroghe è molto forte.

Infatti, per questa categoria di appalti:

a) valgono le medesime deroghe già elencate per il sopra soglia al punto 2, lettera a), della presente nota (si tratta, come detto, di deroghe ad articoli del Codice dei contratti che contengono esclusivamente norme introdotte dal legislatore nazionale e assenti nelle direttive comunitarie);

b) valgono, inoltre anche le deroghe in relazione agli articoli del Codice dei contratti elencati, per il sopra soglia, al punto 2, lettera b), della presente nota (che per il sopra soglia, come detto, non sono invece derogabili, se non nelle parti eventualmente integrative della disciplina comunitaria).

c) sono applicabili, pure le deroghe agli articoli:

- 122 "Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia";

- 123 "Procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori";

- 124 "Appalti di servizi e forniture sotto soglia";

- 125 "Lavori, servizi e forniture in economia".

d) sono derogabili, anche qui, le norme del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 per le parti strettamente collegate all'applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti, qui sopra elencate, che possono essere derogate, nonché, in maniera analoga, le corrispondenti norme regionali.

Eccezioni certe a questa deroga pressoché totale, si ritiene possano riguardare i seguenti istituti:

- quello del subappalto, per il quale, come nel sopra soglia, è possibile derogare alla disciplina di dettaglio ex art. 118 del Codice dei contratti, senza però mai vietare il ricorso al subappalto stesso, che si ritiene rientri tra i principi delle direttive da rispettare obbligatoriamente;
- quello dei raggruppamenti temporanei di impresa, per i quali non è obbligatorio rispettare limiti e disciplina di dettaglio previsti dall'art. 37, per le stesse ragioni enunciate per il subappalto;
- quello del possesso dei requisiti di qualificazione per eseguire lavori pubblici: in analogia al subappalto, non è vincolante la disciplina di dettaglio dettata dall'art. 40 ma va rispettato il principio comunitario del necessario possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria, tecnico organizzativa e dell'eventuale requisito relativo alla garanzia della qualità;
- quello dell'avvalimento, per il quale non è obbligatorio rispettare la disciplina puntuale dell'art. 49 ma è comunque vincolante il principio comunitario che consente di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità facendo affidamento sulle capacità e sulle risorse di soggetti terzi.

In sostanza, per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, emerge il seguente quadro:

- per tutti i settori (lavori, forniture servizi), sono derogabili tutte le ordinarie procedure di scelta del contraente previste dal Codice:

- art. 55: procedure aperte e ristrette;
- art. 56: procedura negoziata preceduta da bando;
- art. 57: procedura negoziata senza previo bando;
- art. 125: procedure in economia;

- per i soli lavori:

- è derogabile l'art. 123 sulla procedura ristretta semplificata;

- per tutti i settori (lavori, forniture, servizi):

- sono derogabili gli articoli 122 e 124 sulle specificità dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi sotto soglia (si occupano principalmente di termini minimi di ricezione delle domande e delle offerte, delle forme di pubblicità e dell'esclusione automatica delle offerte anomale nell'ambito del criterio del prezzo più basso).

In pratica, nel sotto soglia, sono derogabili tutte le ordinarie procedure di scelta del contraente previste dal Codice dei contratti, per cui, ispirandosi ai principi comunitari di trasparenza, concorrenza par condicio e parità di trattamento, validi anche nel sotto soglia, bisogna provare a individuare quali possono essere i sistemi di scelta del contraente utilizzabili, distinguendo per lavori e per forniture e servizi. Una possibile soluzione potrebbe essere la seguente.

3.1 - Lavori pubblici di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario

a) Procedure di scelta del contraente da utilizzarsi per importi inferiori a 40.000 euro:

procedura negoziata diretta indipendentemente dalle categorie generali previste dall'art. 125, comma 6, del Codice, così come disciplinate nei regolamenti interni delle singole stazioni appaltanti.

Per importi pari o superiori a 40.000 euro e fino a un importo inferiore a 1.000.000 euro:

procedura negoziata concorrenziale invitando un numero minimo di soggetti stabilito in cinque; nell'ambito del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso:

- individuazione delle offerte anormalmente basse ai sensi dell'art. 86, commi 1, del D.Lgs. n. 163/2006, in caso di un numero di offerte ammesse pari o superiore a cinque, oppure ai sensi dei commi 3 e 4 dello stesso art. 86 in caso di un numero di offerte ammesse inferiore a cinque;
- esclusione automatica dalla gara (da prevedersi nella lettera d'invito) delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, individuata ai sensi dell'art. 86, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, anche nel caso in cui il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci ma almeno pari o superiore a cinque;
- valutazione della congruità delle offerte ai sensi dell'art. 86, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, nel caso in cui il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque.

Per importi pari o superiori a 1.000.000 euro e fino alla soglia comunitaria (importo inferiore a 5.186.000 euro), fermo quanto stabilito al punto precedente in materia di individuazione delle offerte anormalmente basse, eventuale esclusione automatica o valutazione di congruità delle offerte anormalmente basse, si suggeriscono due diverse opzioni:

1.1) procedura negoziata a seguito di avviso, con forme di pubblicità e termini liberi [riguardo la pubblicità minima, si consiglia almeno il Profilo del committente della stazione appaltante, l'Albo pretorio del Comune in cui si eseguono i lavori e il sito dell'Osservatorio regionale (SITAT-SA)]. In relazione ai termini per la presentazione delle manifestazioni d'interesse e delle offerte, gli stessi devono essere fissati sulla base dei principi stabiliti dalla direttiva, che impongono di tenere conto della complessità dell'appalto e del tempo normalmente necessario per preparare le offerte];

1.2) contenuto minimo dell'avviso: descrizione dei lavori da eseguire, importo stimato, criterio di aggiudicazione, durata o tempo di esecuzione dei lavori, requisiti generali e di idoneità professionale previsti dagli articoli 38 e 39 del D.Lgs. n. 163/2006, requisiti di qualificazione per eseguire lavori pubblici di cui all'articolo 40 del D.Lgs. n. 163/2006, indicazione del numero di operatori economici che saranno invitati (non inferiore a dieci) e del ricorso al sorteggio per selezionare gli operatori economici da invitare nel caso in cui le manifestazioni d'interesse degli operatori stessi siano in numero superiore a quello indicato nell'avviso;

1.3) qualora le manifestazioni d'interesse siano in numero inferiore a quello indicato nell'avviso, il dirigente procede a invitare tutti gli operatori economici che hanno manifestato l'interesse;

1.4) in caso di assenza di manifestazioni di interesse entro il termine assegnato, il dirigente responsabile del contratto può procedere all'invito di almeno cinque operatori economici, se sussistono soggetti idonei in tale numero;

oppure

2) procedura aperta, con forme di pubblicità e termini ridotti in considerazione delle deroghe stabilite dal D.L. 67/1997 [riguardo la pubblicità minima, si consiglia, almeno, il Profilo del committente della stazione appaltante, l'Albo pretorio del Comune in cui si eseguono i lavori e il sito dell'Osservatorio regionale (SITAT-SA)].

3.2 – Forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario

a) Procedure di scelta del contraente da utilizzarsi per importi inferiori a 40.000 euro:

procedura negoziata diretta indipendentemente dalle singole voci di spesa previste dall'art. 125, comma 10, del Codice (così come disciplinate nei regolamenti interni delle singole stazioni appaltanti).

Per importi pari o superiori a 40.000 euro e fino alla soglia comunitaria (importo inferiore a 207.000 euro):

procedura negoziata concorrenziale invitando un numero minimo di soggetti stabilito in cinque.

3.3 – Servizi relativi all'architettura e all'ingegneria di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario

a) Procedure di scelta del contraente da utilizzarsi

Per importi inferiori a 40.000 euro:

procedura negoziata diretta.

Per importi pari o superiori a 40.000 euro e fino alla soglia comunitaria (importo inferiore a 207.000 euro):

procedura negoziata concorrenziale invitando un numero minimo di soggetti stabilito in cinque.

b) Disposizioni specifiche relative all'affidamento di incarichi di collaudo tecnico-amministrativo relativi a lavori

Per l'individuazione di collaudatori interni, ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 163/2006 (ferme le restanti disposizioni di cui all'art. 141 del D.Lgs. n. 163/2006 e le correlative norme regolamentari di cui al D.P.R. n. 207/2010):

affidamento diretto a dipendenti della stazione appaltante o di altre amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti di cui al suddetto art. 120, comma 2-bis, assicurando, ove possibile, il rispetto del criterio della rotazione.

Per l'individuazione di collaudatori esterni, in presenza dei presupposti di cui al citato art. 120, comma 2-*bis*, del D.Lgs. n. 163/2006:
ricorso alle procedure indicate alla precedente lettera a) del presente punto 3.3.