

APRILE 2016

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici

Con Decreto Legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 "*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 91 del 19-4-2016, Suppl. Ordinario n. 10, è stato adottato il nuovo Codice dei Contratti Pubblici (il "**Codice**").

Sommario

- A. L'entrata in vigore
- B. Le principali novità

A. L'ENTRATA IN VIGORE

Nella formulazione definitiva del Codice – recependo alcune osservazioni del Consiglio di Stato – sono state previste (art. 216) disposizioni transitorie e di coordinamento riferite a numerose norme del Codice (circa 40), la cui effettiva operatività è subordinata all'emanazione di un ampio pacchetto di decreti attuativi. Molti di questi riguarderanno istituti significativi del Codice, come, ad esempio, il *rating* di impresa, la qualificazione delle stazioni appaltanti, l'istituzione degli albi dei componenti delle commissioni giudicatrici da istituire e gestire con determinazioni dell'ANAC – Autorità Nazionale Anti Corruzione ("ANAC").

Per ciascuna di queste norme è previsto uno specifico regime transitorio in attesa dell'emanazione dei singoli decreti attuativi. Vi sarà, quindi, una esecuzione di questi istituti, per così dire a scacchiera, con qualche problema di un'organica ed esaustiva applicazione. In particolare – l'art. 217 dispone sulle abrogazioni – fermo restando quanto previsto dall'art. 216 (con riferimento quindi agli specifici regimi transitori) – che, a decorrere dall'entrata in vi-

gore del Codice «sono o restano abrogate» una cinquantina di norme, specificatamente elencate.

Per quanto, invece, attiene al destino del vecchio regolamento (D.P.R. n. 207/2010), per il quale si prospettavano varie soluzioni, compreso il rinvio al dicembre 2016, il testo definitivo del Codice (art. 217), per un verso, ne decreta l'abrogazione «dalla data di entrata in vigore degli atti attuativi del presente Codice, i quali operano la ricognizione delle disposizioni del d.p.r. 207 da esse sostituite»; per altro verso, ne dispone l'immediata abrogazione per «Parti», ad esclusione però di alcuni articoli, «nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamati».

In sostanza, il Codice è entrato in vigore il 19 aprile u.s. e si applicherà a tutte le procedure di gara indette successivamente a tale data, fatta salva però l'applicazione delle norme transitorie e di coordinamento, di cui all'art. 216 dello stesso Codice.

È infatti prevista una progressiva sostituzione delle vecchie norme man mano che saranno emanati gli oltre quaranta atti attuativi (da emanarsi da parte di diversi ministeri, da ANAC, da altre istituzioni) o gli altri atti connessi: sarà quindi necessaria un'attenta attività di informazione ed aggiornamento nei con-

A cura dei seguenti componenti del Dipartimento italiano di Diritto Amministrativo:

Alessandra Quattrini

Of Counsel, aquattrini@orrick.com

Alessandra Fani

Associate, afani@orrick.com

Cristina Denaro

Associate, cdenario@orrick.com

Il presente documento è una nota di studio. Quanto nello stesso riportato non potrà pertanto essere utilizzato o interpretato quale parere legale né utilizzato a base di operazioni straordinarie, né preso a riferimento da un qualsiasi soggetto o dai suoi consulenti legali per qualsiasi scopo che non sia un'analisi generale delle questioni in esso affrontate. La riproduzione del presente documento è consentita purché ne venga citato il titolo e la data accanto all'indicazione: Orrick, Herrington & Sutcliffe, Newsletter.

fronti delle amministrazioni e degli operatori economici.

La fase transitoria non sarà quindi né semplice, né breve, anche perché per diversi decreti attuativi del Codice non sono stati nemmeno previsti i tempi di scadenza entro cui adottare il provvedimento specifico.

Per alcuni istituti disciplinati dal Codice potrebbero però trovare diretta applicazione le Direttive comunitarie di riferimento. Ciò in quanto la normativa europea è *"comunque applicabile, quanto meno sotto il profilo dell'obbligo, in capo ai giudici nazionali, di selezionare e di prediligere, tra tutte le possibili interpretazioni del diritto interno, soltanto le esegesi conformi alle norme comunitarie (...)"* (cfr. T.A.R. Sicilia – Palermo, 12/04/2016 n. 955. Cfr. *ex multis*: Cons. Giust. Amm. Sicilia, Ord., 15/01/2015, n. 1. Parere del Consiglio di Stato 30/01/2015 n. 298).

Di conseguenza, nei casi in cui (i) il Codice non ha dato concreta attuazione o ha dato una attuazione parziale e limitata alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE nonostante la scadenza dei termini di attuazione; e (ii) le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sono precise ed incondizionate e, come tali, non hanno bisogno di alcun intervento normativo da parte degli Stati membri per la loro attuazione, le direttive stesse dovrebbero avere efficacia diretta nell'ordinamento nazionale *"ponendosi nella gerarchia delle fonti al di sopra della legislazione nazionale che deve essere disapplicata in caso di contrasto"* (cfr. da ultimo Trib. Bergamo – Sez. Lavoro – Ord. 14/04/2016 n. 2228). La disapplicazione potrà essere posta in essere non solo dai giudici, ma anche dalla stessa pubblica amministrazione, dato che *"l'obbligo di applicazione diretta della norma comunitaria grava su tutti gli organi dello Stato, ivi comprese le pubbliche amministrazioni (Corte di Giustizia Europea 103/88)."* (cfr. Trib. Bergamo n. 2228/2016 cit.).

Ed infatti, *"la applicazione diretta delle direttive comunitarie negli ordinamenti degli Stati membri postula, come è noto, che sia inutilmente scaduto il termine per il loro recepimento e che l'atto europeo contenga prescrizioni dettagliate e, come tali, applicabili senza bisogno di ulteriore intermediazione normativa"* (Cons. Stato Sez. IV Sent., 19/02/2008, n. 529. Parimenti T.A.R. Lazio Roma Sez. I Sent., 03/03/2008, n. 1980).

In sintesi, quindi, tutte le ipotesi sopra esposte con riferimento al nuovo Codice dovranno essere regolate direttamente alla luce delle previsioni contenute nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Il Ministro delle Infrastrutture e il Presidente dell'ANAC, hanno diffuso, in data 22.04.2016, un comunicato congiunto con alcune precisazioni sul Codice del seguente tenore:

"A seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, pubblicato nella G.U. Serie Generale n. 91 del 19 aprile 2016 – Supplemento Ordinario n. 10, si rende opportuno precisare quanto segue:

1. *Ricadono nel previgente assetto normativo, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le procedure di scelta del contraente ed i contratti per i quali i relativi bandi o avvisi siano stati pubblicati in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GURI) ovvero in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GUCE) ovvero nell'albo pretorio del Comune ove si svolgono i lavori, entro la data del 18 aprile 2016.*

In caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, restano egualmente disciplinate dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le procedure di scelta del contraente in relazione alle quali, alla medesima data del 18 aprile 2016, siano stati inviati gli inviti a presentare offerta.

2. *La nuova disciplina in materia di contratti pubblici, dettata dal decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, come previsto dall'art. 216 dello stesso, si applica alle procedure ed ai contratti per i quali i bandi e gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati a decorrere dal 19 aprile 2016, data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.*

Tale disciplina trova altresì applicazione, nei casi di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure di selezione in relazione alle quali i relativi inviti a presentare offerta siano inviati a decorrere dalla data del 19 aprile 2016.

3. *Gli atti di gara già adottati dalle amministrazioni, non rientranti nelle ipotesi indicate al punto 1., dovranno essere riformulati in conformità al nuovo assetto normativo recato dal decreto legislativo n. 50 del 2016".*

B. LE PRINCIPALI NOVITÀ

In via esemplificativa e non esaustiva, di seguito le principali novità:

- **soccorso istruttorio** (art. 83, comma 9): nella riforma è prevista una sanzione di 5.000 euro e termine a 10 giorni per regolarizzare eventuali carenze:

- primo periodo dell'art. 83 comma 9: «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma».

– secondo periodo: «in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo (...) 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» fino a un massimo di 5.000 euro.

Solo nel caso in cui sia intervenuto il pagamento – che rimane a carico solo del soggetto che intende regolarizzare –, il responsabile unico del procedimento potrà assegnare «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, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione».

Le irregolarità essenziali coincidono con «le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

Lo stesso procedimento di regolarizzazione è imposto anche nel caso di «di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali» ma senza la richiesta del pagamento della sanzione;

- **massimo ribasso** (art. 95): subito operativo il criterio di aggiudicazione con l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il massimo ribasso, adesso chiamato "criterio del minor prezzo", potrà essere utilizzato solo nelle ipotesi di cui all'art. 95, comma 4:

a) per i lavori di importi pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispon-

denza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo;

b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;

c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35, caratterizzati da elevata ripetitività.

Negli altri casi diventa obbligatoria l'utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (prezzo più qualità).

Il criterio del "minor prezzo" è vietato da subito anche per i servizi di progettazione, quelli ad alta intensità di manodopera (costo del personale oltre il 50%), ristorazione scolastica e ospedaliera.

- **qualificazione delle stazioni appaltanti** (artt. 37-43): il Codice si basa su elevati standard di qualità delle stazioni appaltanti.

La qualificazione delle stazioni appaltanti, in particolare, diretta a valutarne l'effettiva capacità tecnico-organizzativa sulla base di parametri obiettivi, è il vero pilastro della riforma scaturita dalle direttive e dalla legge delega, che accrescendo i livelli di efficienza, punta ad assicurare la piena legalità dell'azione amministrativa.

All'articolo 38 del Codice è prevista l'istituzione, presso l'ANAC, di uno specifico elenco delle stazioni appaltanti qualificate, specificando che l'attributo è conseguito in rapporto alla tipologia e alla complessità del contratto e per fasce d'importo. I requisiti tecnico-organizzativi per l'iscrizione nell'elenco sono definiti con un decreto successivo, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione.

- **rating di impresa** (83, comma 10): il Codice prevede l'istituzione presso l'ANAC del sistema del *rating* di impresa e delle relative penalità e premialità, in relazione al quale la medesima Autorità rilascia alle imprese l'apposita certificazione. Il *rating* di impresa dovrà essere applicato ai soli fini della qualificazione delle imprese: ne consegue che tale *rating* non potrà essere oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione di punteggi connessi al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il predetto sistema è basato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimano la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa: l'ANAC dovrà definire, pertanto, i requisiti reputazionali ed i relativi criteri di valutazione - nonché le modalità di rilascio della certificazione - mediante apposite linee guida che dovranno essere adottate entro la data del 18 giugno 2016.

I requisiti reputazionali alla base del *rating* di impresa dovranno tenere conto del *rating* di legalità rilevato dalla medesima ANAC in collaborazione con l'AGCM: l'articolo 213, comma 7, del Codice, infatti, dispone che l'ANAC collabora con l'AGCM ai fini della rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione per l'attribuzione del "*rating* di legalità" e che tale *rating* concorre anche alla determinazione del "*rating* di impresa".

Nell'attribuzione del *rating* d'impresa, inoltre, occorrerà tenere conto dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento, in particolare:

- al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti;
- all'incidenza del contenzioso, sia in sede di partecipazione alle procedure di gara, sia in fase di esecuzione del contratto;
- della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti (art. 83, comma 7).

Il suddetto sistema di *rating*, allo stato, non è in vigore, poiché l'ANAC dovrà definire – con apposite linee guida da adottare entro il 18 giugno 2016 - i requisiti ed i relativi criteri di valutazione del *rating* nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione;

- motivi di esclusione (art. 80): il Codice amplia il novero dei reati causa di esclusione dalle procedura di gara. Introduce come elemento di novità l'istituto del *self cleaning* che consente ad operatore economico di provare di aver risarcito i danni causati da reati o illeciti.

- le concessioni (artt. 164 e ss.): il Codice innova, recependo la direttiva 2014/23/UE, la disciplina sulle concessioni che, per la prima volta, è unitaria per quanto riguarda le concessioni di lavori, servizi e

forniture. Il Codice chiarisce che si tratta di contratti di durata, caratterizzati dal rischio operativo in capo al soggetto privato (incluse le fluttuazioni del traffico per le concessioni autostradali) senza che siano presenti garanzie pubbliche.

Al riguardo non è chiaro come e se tale norma verrà applicata alle concessioni in essere con lunghe scadenze, che hanno atti convenzionali già sottoscritti e che faranno una resistenza granitica all'introduzione di questo principio.

Vengono altresì disciplinati: i) le garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione delle concessioni (l'aggiudicazione è subordinata al soddisfacimento di specifiche circostanze riferite all'offerta); ii) la selezione e valutazione dei candidati; iii) i criteri di aggiudicazione.

I concessionari dovranno affidare l'80 per cento dei lavori mediante gara, mentre il restante 20 per cento potrà essere svolto con società *in house*. Le concessioni in essere avranno 24 mesi di tempo per adeguarsi a questa norma; quindi tempi lunghi per la riorganizzazione delle imprese.

Il nuovo Codice prevede anche un articolo per l'introduzione di "clausole sociali" per la riassunzione dei lavoratori verso le nuove società risultate vincitrici di gara, per dare continuità occupazionale ai lavoratori, un tema fortemente sentito nel settore, che adesso non godono di queste tutele.

Nel settore delle concessioni autostradali si dovrà procedere con gara per la scelta del concessionario: per quelle già scadute si dovrà procedere entro sei mesi, per quelle in essere si dovrà procedere con gara rispettando i tempi di scadenza. Ma per le società interamente pubbliche *in house* vi è la possibilità, anche secondo la direttiva e come previsto nel Codice, di conservare la gestione in essere e procedere senza gara (es. Autobrennero e Autovie);

- partenariato pubblico privato - PPP: (art. 180): il Codice introduce l'istituto del "*Partenariato pubblico privato*" (PPP), con una disciplina generale, autonoma, quale forma di sinergia tra i poteri pubblici e i privati per il finanziamento, la realizzazione o la gestione delle infrastrutture o dei servizi pubblici, che si caratterizza: (a) per il trasferimento in capo all'operatore economico del i) rischio di costruzione; ii) rischio di disponibilità; e del iii) rischio di domanda, a fronte della percezione di un canone di gestione da

parte dell'ente concedente e/o "di una qualsiasi altra forma di contropartita economica" pattuita ex ante "anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna".

Le principali novità introdotte dal Codice in relazione al PPP sono la previsione:

(i) di un limite del 30% "dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari" alla partecipazione finanziaria pubblica al PPP, da intendersi come comprensiva "dell'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione"; (ii) della centralità dell'equilibrio economico finanziario del PEF come garanzia di corretta allocazione dei rischi nel PPP; e (iii) del requisito della "documentata disponibilità di un finanziamento" come condizione di ammissibilità del PPP e come condizione di stipulazione del contratto, il quale "si risolve di diritto ove il contratto di finanziamento non si sia perfezionato entro i 12 mesi dalla sottoscrizione" del suddetto contratto di PPP;

- finanza di progetto – project financing (PF): (art. 183): il Codice semplifica l'istituto della finanza di progetto, prevedendo due procedimenti di PF:

(i) un procedimento monofase di PF ad iniziativa pubblica per la realizzazione di "lavori pubblici o di pubblica utilità (..) inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice", che si attua attraverso la pubblicazione di un bando di gara con per l'affidamento della concessione "finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico di privati" con un "progetto di fattibilità" posto a base di gara e redatto dall'amministrazione stessa, anche con l'aiuto di soggetti esterni individuati mediante procedure ad evidenza pubblica.

Il Codice ha previsto per la prima volta per l'amministrazione aggiudicatrice: i) la possibilità di richiedere al miglior offerente - individuato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - di "apportare modifiche al progetto definitivo da questi presentato"; e ii) l'obbligo di aggiudicare la concessione solamente in caso di accettazione delle modifiche richieste. In caso contrario, l'amministrazione ha la facoltà di procedere allo scorrimento della graduatoria e di aggiudicare al primo offerente che accetta le modifiche, il quale sarà dunque nominato promotore.

Intervenuta l'aggiudicazione, il progetto definitivo viene posto in approvazione ed è onere del promotore "procedere alle modifiche progettuali necessarie per l'approvazione(..) nonché a tutti gli adempimenti di legge (..) senza compenso aggiuntivo". In caso di mancata accettazione da parte del promotore delle modifiche progettuali necessarie per l'approvazione, l'amministrazione può di nuovo procedere allo scorrimento della graduatoria. Dopo l'approvazione, si procede alla stipula del contratto;

(ii) un procedimento monofase di PF ad iniziativa privata per la realizzazione di "lavori pubblici o di pubblica utilità (..) non inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice" che prevede la presentazione da parte dell'operatore economico di una proposta la cui fattibilità deve essere valutata entro il termine perentorio di 3 mesi, termine nel quale l'amministrazione ha la facoltà di richiedere delle modifiche progettuali. In caso di mancata accettazione di tali richieste, la proposta "non può essere valutata positivamente". In caso di accettazione, invece, il progetto di fattibilità proposto dal proponente viene i) inserito negli strumenti di programmazione; ii) approvato; e iii) posto a base della relativa procedura di gara per l'affidamento della concessione, alla quale il proponente deve essere invitato ed ha il diritto di prelazione;

- rito appalti – tutela giurisdizionale (art. 120 c.p.a): il Codice degli appalti innova l'articolo 120 del Codice del processo amministrativo al fine di razionalizzare i giudizi in materia di gare pubbliche.

Viene previsto un procedimento decisionale più certo e rapido per determinati vizi degli atti di affidamento considerati immediatamente lesivi.

I vizi relativi a:

- composizione della commissione di gara
- ammissione e esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali

sono ricorribili, entro 30 giorni decorrenti dalla loro pubblicazione online, al giudice amministrativo.

La mancata impugnazione nei termini preclude la possibilità di far valere l'illegittimità nei successivi atti della procedura di gara, anche con ricorso incidentale.

Novità assoluta è l'introduzione, per i ricorsi dei vizi sopra elencati, di un rito speciale camerale presso il Tar (e in appello innanzi al Consiglio di Stato), da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti. Solo su richiesta delle parti il ricorso è definito in udienza pubblica e con sentenza.

Il procedimento in camera di consiglio è strutturalmente connotato da requisiti che ne fanno uno strumento di accesso alla giurisdizione semplificato. Ai fini acceleratori inoltre vengono definiti termini strettissimi per la produzione e per il deposito di documenti, memorie e repliche.

La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo per nuove esigenze istruttorie, per l'estensione del contraddittorio o per proporre motivi aggiunti.

Rilevante appare anche la disposizione per la quale il Tar è tenuto al deposito della sentenza che definisce il giudizio entro sette giorni dalla camera di consiglio o udienza (termine attuale 30 giorni), con possibilità di chiedere la pubblicazione del dispositivo entro due giorni.

- **Riduzione del contenzioso amministrativo:**

Sono poi previsti rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale quali l'accordo bonario (esteso anche alle contestazioni per appalti di servizi e forniture, eliminando il ricorso alla Commissione e prevedendo la conclusione entro 45 giorni), l'arbitrato (prevedendo il solo ricorso all'arbitrato amministrato nonché l'istituzione di una Camera arbitrale che cura la formazione della tenuta dell'albo degli arbitri e dei segretari e redige il codice deontologico degli arbitri camerali), la transazione (nell'impossibilità di ricorrere ad altre soluzioni).

Sono poi inseriti altri rimedi quali il collegio tecnico consultivo (con funzioni di assistenza e non vincolante, al fine di giungere, nella fase dell'esecuzione, ad una rapida definizione delle controversie) e i pareri di precontenzioso dell'ANAC (dove l'ANAC esprime parere su iniziativa della stazione appaltante o di una delle parti su questioni insorte durante la procedura di gara). Il parere è vincolante e il mancato adeguamento della stazione appaltante determina la sanzione amministrativa pecuniaria da 250 euro a 25.000 euro a carico del dirigente responsabile.