

Opinione Legale

Dal nuovo Codice dei contratti agli interventi di “soft law”

Appalti, il punto della situazione a quasi tre mesi dalla pubblicazione del D.Lgs 50/2016

Claudio Guccione
Avvocato
Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati
Maria Rita Silvestri
Avvocato
Studio Legale Guccione & Associati

Nella Gazzetta Ufficiale del 19 aprile scorso è stato pubblicato, come è noto, il D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50, di recepimento delle direttive n. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in sostanza il nuovo codice dei contratti. Molte sono le novità introdotte dalla predetta normativa in materia di contratti pubblici e molti sono, conseguentemente, i temi dibattuti tra gli operatori di settore. Nei prossimi numeri di *leStrade* verranno affrontate alcune tra le più rilevanti novità registrate a seguito dell'introduzione del Nuovo Codice; ad oggi, tuttavia, appare più utile effettuare una prima disamina dei provvedimenti di attuazione adottati o in corso di adozione da parte dei Ministeri competenti e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Si tratterà, necessariamente, di una rassegna dello stato dell'arte parziale, atteso che, tra l'altro, sono ancora in corso numerose consultazioni pubbliche e gli

aggiornamenti, sotto forma di comunicati e Linee guida, si susseguono senza soluzione di continuità. Lo scopo di tale produzione regolamentare e/o documentale è, come ovvio, consentire piena operatività al Nuovo Codice, senza bloccare il mercato degli appalti pubblici a fronte di un *corpus* normativo che rinvia alla regolazione secondaria per disciplinare molti aspetti di dettaglio. Queste, dunque, al momento le principali novità in tema di attuazione, intesa in senso atecnico, del D.Lgs. n. 50/2016.

I comunicati dell'ANAC

Ampio e delicato ruolo è stato riconosciuto, come è noto, all'ANAC (Autorità Anticorruzione), alla quale è stato affidato il compito di redigere, entro tre mesi dall'approvazione del Nuovo Codice, le Linee Guida propedeutiche all'adozione dei relativi decreti da parte dei Ministeri competenti. A titolo meramente esemplificativo, si ricorda che la predetta Autorità dovrà, tra l'altro, assegnare anche i *rating* di impresa, qualificare le stazioni appaltanti, determinare i criteri di professionalità dei commissari di gara, finalizzati all'istituzione del relativo albo, nonché verificare la corretta applicazione del limite 80/20 per cento cui soggiacciono i concessionari, ai sensi dell'art. 177 del Nuovo Codice. Al di là della natura giuridica - piuttosto eterogenea - dei provvedimenti che l'ANAC è chiamata ad assumere, di seguito si riportano gli interventi fino ad ora resi noti. Si tratta, per lo più, di comunicazioni e documenti di consultazione ai quali faranno seguito, in tempi rapidi, le relative Linee guida. Tralasciando i due comunicati relativi all'entrata in vigore del Nuovo Codice con i quali, in definitiva, si è stabilito, che "le disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 riguarderanno i bandi e gli avvisi pubblicati a decorrere dal 20 aprile 2016", il primo chiarimento pubblicato dall'Autorità ha riguardato il regime transitorio dell'utilizzo del sistema dell'AVCpass. L'art. 81 del Nuovo Codice prevede l'istituzione di una Banca dati degli operatori economici, gestita dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che sostituirà l'attuale sistema AVCpass per l'espletamento delle verifiche informatiche sul possesso dei requisiti dichiarati dai partecipanti alle procedure di evidenza pubblica. In particolare, viene chiarito che la disposizione di cui all'art. 133, nel richiamare l'art. 81 tra le norme applicabili ai settori speciali, deve essere interpretato alla luce della ratio sottesa al contenuto della previsione dello stesso art. 81 che risente della natura di norma "programmatica" del nuovo sistema. Ciò consente, secondo la prospettazione fornita dall'ANAC, di ritenere che l'estensione ai settori speciali riguardi solo il nuovo sistema di verifica dei requisiti

di partecipazione alle gare di appalto (tramite la Nuova banca dati) ma non anche l'attuale sistema AVCpass. Resta, pertanto, attuale quanto stabilito sul punto dalla deliberazione n. 157 del 17 febbraio 2016. Con il comunicato dell'11 maggio scorso l'Autorità ha, invece, fornito importanti indicazioni a favore delle stazioni appaltanti in ordine al regime giuridico da applicare, in via transitoria, ad alcune tipologie di procedure a evidenza pubblica avviate in vigore del d.lgs. n. 163/2006, nonché in materia di comunicazioni da inoltrare all'Osservatorio. Per quanto riguarda la prima questione, l'ANAC ha chiarito che continuano ad applicarsi le disposizioni del Vecchio Codice, oltre che ai bandi di gara pubblicati entro il 19 aprile 2016, anche (i) agli affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016, (ii) alle procedure negoziate indette a partire dal 20 aprile 2016 indette a norma dell'art. 57, co. 1, lett. a, (iii) alle procedure per i contratti di cui all'allegato IIB e per i contratti sottosoglia per i quali sia stato pubblicato, in vigore del d.lgs. n. 163/2006 una indagine di mercato, (iv) agli affidamenti operati in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del Nuovo Codice e (v) alle Convenzioni stipulate anch'esse prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016. In materia di comunicazioni da effettuare nei confronti dell'Osservatorio, in attesa che il sistema informatico si adegui alle norme introdotte dal Nuovo Codice, l'ANAC ha ribadito la necessità di non interrompere il flusso informativo e di tener conto, a tal fine, delle corrispondenze tra vecchio e nuovo sistema riportate nelle tabelle esplicative n. 1 e n. 2.

Anche in materia di attestazioni SOA, l'ANAC ha chiarito in che termini e al ricorrere di quali requisiti continuano a trovare applicazioni le previgenti disposizioni normative. Con il comunicato del 31 maggio 2015 l'Autorità ha, infatti, ritenuto opportuno "un pronunciamento analitico, volto al superamento di straordinarie incertezze normative". Con riferimento agli obblighi di accertamento delle SOA sui requisiti dimostrati dalle imprese ai fini del conseguimento dell'attestazione in parola (quesiti di cui alle lettere a., b. e c.), si ritiene che, con riferimento al periodo transitorio, è richiamata la vigenza delle norme di cui al d.P.R. 207/2010 (Parte II, Titolo III) sulla base di quanto previsto all'art. 216, co. 14, D.Lgs. 50/2016, in combinato disposto con l'art. 83, co. 2, della medesima disposizione, nelle more dell'emanazione delle Linee guida a cura dell'ANAC. Ciò anche sulla base di un'interpretazione sistematica delle norme del sistema di qualificazione transitoriamente vigenti, inclusi gli atti interpretativi e regolamentari dell'A-



OSSERVATORIO NORMATIVO

■ **Decreto Ministero dell'ambiente e tutela del territorio e del mare del 24/5/2016, recante "Incremento progressivo dell'applicazione dei criteri minimi ambientali negli appalti pubblici per determinate categorie di servizi e forniture"**, pubblicato in G.U. n. 131 del 7/6/2016.

■ **Deliberazione A.N.AC. 8/6/2016 n. 618, recante "Linee guida operative e clausole contrattuali-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi"**.

■ **Decreto legislativo n. 97 del 25/5/2016, recante "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"**, pubblicato in G.U. 8/6/2016 n. 132.

NAC, che trova fondamento nell'art. 12 delle Preleggi. In estrema sintesi, l'Autorità ritiene che l'abrogazione dell'art. 40, co. 9 ter, D.Lgs. 163/2006 non impatti sulla permanenza dei relativi poteri procedurali in capo alle SOA, che restano comunque disciplinati dall'art. 70 del d.p.r. 207/2010.

Con il successivo comunicato datato 8 giugno 2016, l'Autorità ha, infine, espresso la propria posizione in ordine ad alcune criticità inerenti le modalità di rilascio delle certificazioni di esecuzione delle lavorazioni eseguite direttamente dal concessionario o dal socio operativo, chiarendo che tali certificazioni dovranno essere immesse nella Banca dati telematica a cura del soggetto concedente (esclusivamente di natura pubblica). Per quanto concerne le lavorazioni affidate dal concessionario a imprese terze, si ritiene invece che tali lavorazioni debbano essere attribuite e certificate dal concessionario ai soli soggetti esecutori, a meno che il medesimo concessionario appaltante non dimostri di aver assunto diretta responsabilità nei confronti del concedente. Il CEL dovrà, pertanto, essere rilasciato con le modalità previste dall'art. 86, c. 2 e 5 del d.p.r. 207/2010 alle imprese effettivamente esecutrici e non potrà concorrere alla qualificazione del concessionario.

Linee guida e documenti ANAC di consultazione pubblica

L'ANAC, contestualmente alla pubblicazione delle comunicazioni qui brevemente passate in rassegna, ha dato il via libera ai primi cinque provvedimenti attuativi del Nuovo Codice degli appalti. In sostanza sono le linee guida che riguardano cinque importanti tematiche e cioè: affidamento dei servizi di ingegneria, assegnazione delle gare con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a cui si aggiungono i 3 "vademecum", per ora formalmente inquadrati come documenti di consultazione, volti a guidare le attività dei responsabili del procedimento di gara (Rup), dei direttori lavori e dei direttori dell'esecuzione del contratto nell'ambito dei servizi pubblici. Premesso che, al momento, risultano formalmente pubblicati in Gazzetta Ufficiale soltanto i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (deliberazione n. 620 del 31 maggio 2016), vediamo in dettaglio quali sono le tematiche affrontate dall'Autorità.

La prima questione affrontata dall'ANAC riguarda il criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016 accorda un netto favore a tale criterio, lasciando a quello del mi-

nor prezzo un ambito di applicazione nettamente più ristretto (commi 4 e 5 del richiamato art. 95). Il documento licenziato dall'Autorità, di natura tecnica-matematica, è finalizzato a dare informazioni operative alle amministrazioni pubbliche che fanno ricorso al criterio in esame. L'approfondimento è volto a prevenire dubbi metodologici che in passato hanno determinato non poche incertezze e che, in alcuni casi, hanno reso difficoltoso il ricorso a tale metodologia. La novità più rilevante è costituita dalla facoltà, per le stazioni appaltanti, di inserire nella valutazione dell'offerta criteri premiali legati, tra l'altro, al rating di legalità.

Un altro documento di consultazione riguarda gli affidamenti relativi ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. Già in passato l'ANAC si era dedicata al tema, stante la peculiarità della materia (cfr. la determinazione n. 4 del 25 febbraio 2015). Per quanto concerne la determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara, al paragrafo 4 del recente documento di consultazione relativo alle "Indicazioni operative", è precisato che fino a quando il Ministro della giustizia non avrà approvato le nuove tabelle dei corrispettivi al fine di determinare l'importo del corrispettivo da porre a base di gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura, occorre fare riferimento ai criteri fissati dal D.M. n. 143/2013 con la precisazione che, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 9, ultimo periodo, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, il corrispettivo non deve determinare un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali previgenti. Per quanto concerne i giovani professionisti, al paragrafo 6.1 relativo agli affidamenti pari o superiori a 100.000 e fino alla soglia comunitaria è precisato che, nel caso di utilizzo della procedura ristretta, per la scelta dei soggetti da invitare dovrà essere previsto un incremento convenzionale premiante del punteggio attribuito, basato sulla presenza di uno o più giovani professionisti nei gruppi concorrenti. Per quanto concerne, poi, l'affidamento di incarichi di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, nel documento predisposto dall'ANAC è precisato che il fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura espletati negli ultimi tre esercizi antecedenti la pubblicazione del bando deve essere al "massimo pari al doppio dell'importo a base di gara", mentre con il previgente d.lgs. n. 163/2006 il riferimento era agli ultimi cinque anni ed occorre attestarsi tra due e quattro volte l'importo a base di gara.

Per quanto riguarda le modalità di svolgimento delle funzioni proprie del Direttore dei lavori, si prevede,

ai sensi dell'art. 11 del D.lgs. n. 50/2016, che l'ANAC formuli una proposta al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per l'adozione di linee guida che individuino le modalità attraverso le quali attuare le attività di cui all'art. 101, co. 3 del citato D.Lgs. n. 50/2016 (controllo tecnico, contabile e amministrativo). Restano espressamente escluse dall'applicazione delle Linee guida in corso di pubblicazione gli appalti del settore dei beni culturali, mentre ampio spazio è riservato alla disamina delle competenze attribuite al Direttore dei lavori ad interagire con l'esecutore relativamente agli aspetti tecnici ed economici dell'esecuzione del contratto, atteso che a tale figura è espressamente attribuita la responsabilità dell'accettazione dei materiali e del controllo quantitativo e qualitativo degli stessi con riferimento alla normativa nazionale ed europea.

Per quanto riguarda i compiti del responsabile unico del procedimento, l'ANAC ha preso atto dell'enfaticizzazione di tale figura operata dal Nuovo Codice relativamente alle competenze di pianificazione e gestione dello sviluppo di specifici progetti: il RUP opera secondo le nuove disposizioni di legge, ribadite dall'Autorità, attraverso il coordinamento di tutte le risorse a disposizione per il raggiungimento degli obiettivi nei tempi e nei costi previsti, con particolare riguardo alla qualità della prestazione e il controllo dei rischi. Dall'impostazione adottata dal d.lgs. n. 50/2016 deriva complessivamente una maggiore attenzione per la professionalità del RUP: non bisogna dimenticare, infatti, che le disposizioni normative definiscono i compiti del RUP anche nel caso in cui le procedure di gara vengano gestite ricorrendo a sistemi telematici di acquisto o di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza, ovvero tramite forme di aggregazione tra stazioni appaltanti. Nell'ottica del legislatore, fatta propria anche dall'Autorità Nazionale AntiCorruzione, a maggiori responsabilità e a poteri più incisivi rispetto all'andamento della procedura di gara, deve necessariamente corrispondere una maggiore professionalità del soggetto individuato per i fini di cui all'art. 31 del Nuovo Codice. Infine, occorre menzionare le Linee guida, in corso di pubblicazione (Deliberazione del 31 maggio 2016, n. 620), relative ai criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici. Per l'elaborazione dell'albo nazionale obbligatorio dei membri delle commissioni giudicatrici, l'ANAC deve espressamente definire i criteri e le modalità di iscrizione al predetto albo, che tengano conto anche dei requisiti di moralità, oltre che delle capacità tecniche e professionali. L'Autorità, conformemente con quanto disciplinato dal Nuovo Codice, stabilisce l'autonomia della commissione rispetto alla stazione appaltante. L'ANAC specifica che la normativa sui commissari di gara non si applica alle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto o concessioni effettuate dagli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 (settori speciali) e che la stazione appaltante, ad esito del sorteggio pubblico dei nominativi dei componenti, deve inviare all'Autorità una relazione sulla base di un questionario predisposto dall'Autorità stessa al fine di rendere effettivo il controllo dell'ANAC sulla gestione della predetta banca dati. ■