

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

Riflessi applicativi nel settore
della vigilanza privata



FederSicurezza



Ufficio Studi ed Analisi di settore

COLLANA QUADERNI

Giugno 2016

Numero 13

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

Riflessi applicativi nel settore della vigilanza privata

L'eccessiva velocità con la quale vive oggi il mondo associativo il susseguirsi di interventi modificativi dell'impianto normativo e regolamentare che disciplina i comparti produttivi di propria competenza, anche non volendo, crea momenti di, speriamo giustificabile, ridotta velocità di risposta alle domande che dal sistema rappresentato provengono.

Siamo quindi pronti oggi con il lavoro che ho l'onore e l'onere di presentare e sottoporre al Vostro insindacabile e, comunque, necessario giudizio di operatori sul campo oltre che di attenti osservatori della "evoluzione" di una tematica di particolare peso ed incidenza sul vivere quotidiano dell'Impresa.

Il tema dell'Appalto, complesso in generale, diventa, anzi è già diventato, momento a volte esiziale per la già travagliata vita di Aziende, oggi, Istituti, ieri, che, essendo nella quasi totalità "labour intensive", fondando la loro stabilità, o l'inverso della stessa, sulla corretta applicazione di disposizioni contrattuali che, fin qui, son state prive del corretto dovuto accompagnamento cogente, avendo potuto valersi soltanto di labili "indirizzi" privi di qualsivoglia forza dirimente.

Il lavoro ha bisogno ineludibile di certezze che possano riverberarsi positivamente sulla vita dell'impresa che il lavoro vuol creare e mantenere esigibile.

Qualcosa si sta muovendo, forse ancora con una chiarezza...comparativamente...più evidente di prima.

Speriamo che la velocità di crociera aumenti, grazie anche al Vostro ineliminabile supporto di attenzione, interesse e correzione, quando necessario.

Grazie anche agli estensori, assai poco premiati per la loro fatica, ed ai cortesi relatori del convegno che sancisce la diffusione di questo nostro tentativo di rendere più facile seguire il dettato della norma.

Alla prossima, speriamo, con il Vostro consenso.

Grazie.

Luigi Gabriele

- **IL D.LGS. 50/2016**
TRE GRANDI RIVOLUZIONI NEGLI ACQUISTI PUBBLICI.....pag 08
 1. Prima Rivoluzione: il dialogo tra
 Pubblica Amministrazione e mercato.....pag 09
 2. Seconda Rivoluzione: l'ambiente, il sociale
 ed il lavoro come obiettivi dell'acquisto pubblico..... pag 11
 3. Terza Rivoluzione: attenzione a tutte le fasi dell'acquisto:
 l'individuazione del fabbisogno, l'espletamento della gara,
 l'esecuzione del contratto.....pag 12
- **I NUOVI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI
 E L'ANOMALIA DELLE OFFERTE**..... pag 15
 1. Criteri di aggiudicazione dell'appalto.....pag 15
 2. Come viene valutata l'offerta economicamente
 più vantaggiosa?..... pag 16
 3. Le Linee guida in materia di offerta economicamente
 più vantaggiosa. Il Documento di consultazione ANAC.....pag 18
 4. Le offerte anormalmente basse..... pag 19
- **CLAUSOLA SOCIALE E LIBERTÀ ECONOMICA**..... pag 23
 1. La clausola sociale tra vecchio e nuovo codice degli appalti.....pag 23
 2. La clausola sociale nella giurisprudenza amministrativa.....pag 25
 3. Clausola sociale e vigilanza privata. Le Linee guida ANAC.....pag 26
- **IL NUOVO SISTEMA DI QUALIFICAZIONE
 DELLE STAZIONI APPALTANTI E DELLE IMPRESE**..... pag 28
 1. La qualificazione delle stazioni appaltantipag 28
 2. L'obbligo di aggregazione e centralizzazione delle committenze..... pag 30
 3. La qualificazione delle imprese.....pag 32
 4. Il rating d'impresa.....pag 34
- **L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO DI APPALTO**..... pag 35
 1. Il subappalto.....pag 35
 2. Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia.....pag 36
 3. Sintesi del contenuto delle disposizioni in tema di esecuzione.....pag 38
- **IL CONTENZIOSO NEGLI APPALTI PUBBLICI**..... pag 40
 1. I ricorsi giurisdizionali. La riforma dell'art. 120 del Codice
 del Processo amministrativo.....pag 40
 2. Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale.....pag 41
 3. L'accordo bonario per i lavori - per i servizi e le forniture.....pag 41
 4. Il Collegio consultivo tecnico.....pag 41
 5. Parere di precontenzioso dell'ANAC.....pag 42

IL D.LGS. 50/2016 TRE GRANDI RIVOLUZIONI NEGLI ACQUISTI PUBBLICI

Avv. Massimiliano Brugnoletti



Con il recepimento delle tre Direttive europee del 2014¹, avvenuto con il d.lgs. 50/2016, si chiude un grande ciclo di riforme avviato con le Direttive di inizio millennio²; le prime ad ampliare l'orizzonte prospettivo degli acquisti pubblici, non solo introducendo norme più moderne ed efficaci, ma cambiando radicalmente l'approccio "culturale" degli appalti.

L'Unione Europea infatti, dandone i primi segnali nel "libro verde" varato dalla Commissione nel gennaio 2011³, ha preso coscienza che gli acquisti pubblici, che in Europa "pesano" quasi per il 20% del PIL, sono uno strumento formidabile per realizzare i propri obiettivi strategici, soprattutto quelli di "Europa 2020"⁴: da questa consapevolezza sono stati introdotti con grande efficacia nelle direttive del 2014, quindi nel d.lgs. 50/2016, i principi di sostenibilità ambientale e di risparmio energetico, come i grandi temi del sociale e del sostegno al lavoro.

La stessa Europa, sin dal 2004, ha disegnato anche un nuovo rapporto tra Pubblico e mercato, prendendo anche in questo caso coscienza che il vero beneficiario dell'acquisto pubblico è la collettività e che Pubblica Amministrazione (che acquista) e mercato (che vende) devono cooperare per ottenere i risultati migliori per i cittadini.

Il nuovo codice ha recepito questi due grandi indirizzi e ne ha introdotto uno proprio, allargando finalmente l'attenzione a tutto il processo di acquisto: non solo e non più un'attenzione (spesso eccessiva) alla fase di gara, ma anche alla fondamentale fase precedente, quella dell'individuazione del fabbisogno, delle proprie esigenze, ed alla altrettanto fondamentale fase contrattuale.

Questi sono i grandi temi che ritroviamo nel nuovo codice degli appalti e delle concessioni varato con il d.lgs. 50/2016, queste sono le "tre grandi rivoluzioni" (copernicane se confrontate con l'impostazione degli acquisti che ha imperato in Italia almeno sino a 10 anni orsono⁵) che, al di là delle singole prescrizioni, ha realizzato la riforma degli acquisti.

1 Direttiva 2014/23/UE, Direttiva 2014/24/UE e Direttiva 2014/25/UE.

2 Direttiva 2014/17/CE e Direttiva 1004/18/CE.

3 "Libro Verde sulla modernizzazione della politica UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti", Bruxelles 27 gennaio 2011.

4 "Europa 2020" è la strategia decennale per la crescita e l'occupazione che l'Unione europea ha varato nel 2010. Non mira soltanto a superare la crisi dalla quale le economie di molti Paesi stanno ora gradualmente uscendo, ma vuole anche colmare le lacune del nostro modello di crescita e creare le condizioni per una crescita più intelligente, sostenibile e solidale. L'Unione Europea si è data cinque obiettivi quantitativi da realizzare entro la fine del 2020. Riguardano l'occupazione, la ricerca e sviluppo, il clima e l'energia, l'istruzione, l'integrazione sociale e la riduzione della povertà.

5 Le prime avvisaglie di novità si sono viste con il d.lgs. 163/2006.

1. Prima Rivoluzione: il dialogo tra Pubblica Amministrazione e mercato

Il percorso di avvicinamento tra Pubblica Amministrazione e cittadini viene da lontano e ne assistiamo in questi anni alla piena maturazione.

Nel corso di un secolo e mezzo siamo infatti passati da una "Amministrazione centralistica" (non più tardi di metà dell'800 l'Europa era caratterizzata dalla presenza di stati monarchici più o meno costituzionali, caratterizzati, al massimo, da una "amministrazione unilaterale") ad una Amministrazione sempre più attenta ai propri interlocutori, sino ad arrivare nel nostro Paese (con la legge n. 15 del 2015) ad una vera e propria "amministrazione partecipata", in cui Pubblica Amministrazione e cittadini possono concorrere al raggiungimento delle finalità pubbliche.

Questo lento avvicinamento ha toccato negli ultimi anni anche il (delicato) mondo degli appalti pubblici, sin all'origine caratterizzato da una completa "incomunicabilità" delle due parti, cioè la stazione appaltante e le imprese; un vero e proprio "muro" che l'ordinamento aveva sin dalla metà dell'800 eretto a presidio del rispetto della legalità e della regolarità delle procedure.

Un varco, piccolo ma significativo, lo aveva già aperto la Direttiva sugli appalti del 2004: persuaso che il "dialogo" tra Pubblica Amministrazione e mercato potesse concorrere ad elaborare procedure di gara più efficaci rispetto agli obiettivi prefissati, nell'ottavo considerando della Direttiva n. 18 del 2004 il legislatore europeo ha introdotto un principio assolutamente rivoluzionario: il "dialogo tecnico".

Principio rivoluzionario soprattutto per il "titolo": immaginare prima di detta Direttiva che la stazione appaltante potesse "dialogare" con le imprese prima di bandire una gara pubblica era esercizio davvero inverosimile (soprattutto in Italia dove nel 2004 era ancora forte l'eco di "mani pulite").

Ma anche il contenuto era davvero innovativo: il "dialogo" era finalizzato affinché la stazione appaltante elaborasse un capitolato davvero efficace; dialogando con il mercato la stazione appaltante avrebbe avuto la possibilità di verificare cosa le imprese del settore avrebbero potuto offrirle, con quali tecnologie e a quali prezzi.

In realtà, in questi 10 anni, il "dialogo tecnico" ha avuto poca fortuna in Italia: sia perché il "considerando", in quanto tale, non è stato recepito nell'articolato del codice dei contratti pubblici del 2006 (quindi non v'era fino ad ora una norma positiva che prevedesse e regolasse tale attività "preparatoria" della gara); non secondariamente per le comprensibili resistenze da parte della Pubblica Amministrazione, che intravedeva il rischio di un uso patologico di tale strumento.

La Direttiva n. 24 del 2014 (quella "portante" tra le tre varate dal legislatore europeo ed ora recepite con il nuovo codice) si è spinta ancora oltre cogliendo gli ormai fortissimi segni del tempo: da un lato una Pubblica Amministrazione sempre più votata all'efficienza ed all'efficacia della propria azione, oltre ad essere, nel momento in cui acquista, strumento principe per la razionalizzazione della spesa (sul punto è sufficiente leggere l'art. 1 della legge n. 241 del 1990) ed una stessa Pubblica Amministrazione principale regolatrice del mercato; dall'altro un sistema di imprese evoluto e capace di proporre sempre soluzioni innovative.

Il legislatore europeo del 2014 ha dunque impresso una fortissima accelerazione al “dialogo” tra Pubblica Amministrazione e mercato, sia disciplinando più compiutamente il “dialogo tecnico” (promuovendolo dai “considerando” al vero e proprio articolato), sia introducendo ulteriori procedure di gara ancor più caratterizzate dallo stretto rapporto “collaborativo” tra stazione appaltante e concorrenti.

Il d.lgs. n. 50/2016 si inserisce in questa virtuosa linea prospettica, tanto da far affermare agli osservatori più attenti che la maggiore novità del codice, senz'altro la più innovativa, è proprio il “nuovo rapporto” tra Pubblica Amministrazione e mercato, il nuovo rapporto tra Amministrazione e cittadini, tra funzione pubblica ed attività privatistica (rapporto che a volte ne fa intersecare gli obiettivi: basti pensare alle attività imprenditoriali esercitate dalle società pubbliche e le tante funzioni pubbliche affidate ai privati).

Il nuovo codice fa proprio questo indirizzo e disciplina anzitutto il rapporto tra mercato e stazione appaltante prima che questa bandisca una gara. Il “dialogo tecnico”, fino ad oggi estraneo alla normativa nazionale, entra a pieno titolo nel nostro ordinamento con gli artt. 66 e 67, che regolano appunto le “consultazioni preliminari di mercato”, ossia il dialogo tra una stazione appaltante che intende affidare un appalto e il mercato interessato ad acquisirne l'affidamento: le due parti possono scrivere insieme le regole al fine di “giocare una partita” più aperta e più efficace.

Il d.lgs. 50/2016 non ha solo il pregio di regolare nel proprio articolato (negli artt. 66 e 67) questa fase di consultazione, così da espellere qualsiasi dubbio circa la possibilità di avviare tale dialogo, ma ha anche quello di estendere il perimetro del dialogo stesso: se prima esso era finalizzato alla sola elaborazione del capitolato tecnico, ora la consultazione è finalizzata alla “preparazione dell'appalto” ed allo “svolgimento della relativa procedura”⁶.

L'allargamento dei “temi” oggetto della consultazione è evidente: davvero il mercato è stimolato a concorrere con la Pubblica Amministrazione a definire il fabbisogno pubblico, sia in termini tecnici che economici, che la gara deve soddisfare. Il dialogo non è più finalizzato alla redazione degli atti di gara (in realtà al solo capitolato tecnico), bensì alla “preparazione dell'appalto”, termine in cui rientra tutta l'attività istruttoria che deve precedere una gara: verifica delle esigenze della collettività che la stazione appaltante è tenuta a soddisfare, sia in termini tecnici, che qualitativi; verifica di quanto il mercato può offrire in quel particolare campo; verifica delle prescrizioni contrattuali più idonee per raggiungere gli obiettivi; verifica dei criteri più adatti per selezionare l'offerta più idonea, ecc.

È evidente che questo dialogo preliminare non deve falsare la concorrenza, avvantaggiando le imprese “dialoganti” rispetto alle altre; a tal proposito il codice introduce all'art. 67 una serie di prescrizioni volte a tutelare la *par condicio*, richiamando ogni singola stazione appaltante ad adottare “misure idonee” a garantire la concorrenza, financo a prevedere l'esclusione dalla gara del concorrente “avvantaggiato” dal

⁶ Art. 66 d.lgs. n. 50/2016.

dialogo⁷ e la patologica influenza come causa ostativa alla partecipazione alle gare pubbliche⁸.

A presidio di un corretto dipanarsi del rapporto pubblico privato il legislatore ha anche posto una disciplina compiuta sul conflitto di interessi: recependo una chiara indicazione dell'Europa⁹ ed una precisa delega del Parlamento¹⁰, nell'art. 42 il codice degli appalti ha regolato tutti i conflitti e tutte le situazioni che possano "distorcere" la concorrenza.

È evidente che, per evitare che la consultazione preliminare diventi una vera e propria (ulteriore) procedura, si ritiene che si aprirà un'importante stagione per le associazioni rappresentative di imprese che potrebbero garantire le esigenze di concorrenza.

Che il "dialogo" sia quasi la modalità paradigmatica del rapporto tra Pubblico e privato si percepisce nelle quattro procedure "speciali" che il codice introduce accanto alle classiche "procedura aperta" e "procedura ristretta"¹¹.

Accanto alla procedura negoziata¹² ed al già conosciuto "dialogo competitivo"¹³, il nuovo codice introduce due nuove procedure concorsuali caratterizzate da una forte "collaborazione" tra Pubblica Amministrazione e imprese: la "procedura competitiva con negoziazione"¹⁴ ed il "partenariato per l'innovazione"¹⁵.

Procedure concorsuali che, se effettivamente utilizzate allorché siano sussistenti le relative condizioni, offriranno alla Pubblica Amministrazione due nuove strade da percorrere per raggiungere i propri obiettivi ed al mercato l'occasione di proporre con maggiore flessibilità le novità che la propria capacità imprenditoriale avrà saputo sviluppare.

2.

Seconda Rivoluzione: l'ambiente, il sociale ed il lavoro come obiettivi dell'acquisto pubblico

Le tre Direttive si fondano su tre grandi principi: l'attenzione all'Ambiente, al Sociale ed al Lavoro. La maiuscola non è messa a caso, perché i principi dettati dall'Europa nelle Direttive e dal nostro Paese nel nuovo codice, al di là delle tante norme che li contemplano, sono il nuovo orizzonte "culturale" cui è chiamata l'azione pubblica.

L'Europa ha in verità dato un nuovo obiettivo alla Pubblica Amministrazione: se all'inizio essa doveva acquistare i beni ed i servizi (sostanzialmente) al solo prezzo più basso¹⁶, a partire dagli anni '80, con l'introduzione del criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa", gli stessi acquisti di beni e servizi vanno effettuati tenendo conto anche della qualità.

⁷ Art. 67, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

⁸ Art. 80, comma 5 lett. c), d.lgs. n. 50/2016.

⁹ Considerando 16 della Direttiva 2014/24/UE.

¹⁰ Art. 1, lett. ppp), legge 11/2016.

¹¹ Art. 59 d.lgs. n. 50/2016.

¹² Art. 63 d.lgs. n. 50/2016.

¹³ Sino ad ora disciplinato nell'art. 58 del d.lgs. 163 del 2006; ora regolato senza significative novità particolari dall'art. 64 del d.lgs. n. 50/2016.

¹⁴ Art. 62 d.lgs. n. 50/2016.

¹⁵ Art. 65 d.lgs. n. 50/2016.

¹⁶ Vedi il R.D. n. 827/1924.

Con l'attuale normativa è stata nuovamente alzata, e di molto, l'asticella: la Pubblica Amministrazione deve acquistare i beni e servizi tenendo conto a) del prezzo, b) della qualità, ma anche c) dell'impatto che l'acquisto ha sull'ambiente (si arriva fino a tener conto dell'effetto serra, cui anche la più piccola stazione appaltante deve prestare attenzione¹⁷), sul sociale e sull'occupazione¹⁸.

Nella norma dettata per marcare i principi che devono presiedere all'aggiudicazione ed alla esecuzione dei contratti, l'art. 30, il d.lgs. 50/2016 stabilisce anzitutto che il principio di economicità può recedere innanzi alle più importanti esigenze di tutela degli interessi generali più importanti come la tutela dell'ambiente, del sociale, del patrimonio culturale, ecc.¹⁹. Tale attenzione è posta anche a carico degli appaltatori²⁰.

L'acquisto migliore è dunque quello che compenetra il miglior prezzo, la migliore qualità, ma anche il minor impatto che il bene od il servizio acquistato ha sull'ambiente (certamente quello ove insiste la stazione appaltante, ma anche l'ambiente in generale), sul sociale e sul lavoro: la Pubblica Amministrazione diventa così un player essenziale nel raggiungimento degli obiettivi generali, e per questo motivo non deve procedere agli affidamenti tenendo conto solo del proprio vantaggio.

Prova di questo nuovo orizzonte è il criterio di aggiudicazione legato non al prezzo di acquisto del bene o del servizio, ma al suo "ciclo vita"²¹, con cui la nuova normativa chiede infatti alla Pubblica Amministrazione di valutare anche tutti i costi indiretti di un affidamento.

L'attenzione all'ambiente è così sentita che agli operatori economici che adeguano i propri processi aziendali alla qualità ambientale (sistema EMAS e qualità Ecolabel) possono addirittura non prestare la cauzione provvisoria per partecipare alla gara²² e quella definitiva in caso di aggiudicazione della stessa²³.

3.

Terza Rivoluzione: attenzione a tutte le fasi dell'acquisto: l'individuazione del fabbisogno, l'espletamento della gara, l'esecuzione del contratto

Per decenni la gara era sinonimo di acquisto pubblico: nessuna o pochissima attenzione era riposta sulla fase di messa in luce delle esigenze e della correlata individuazione del fabbisogno reale; stessa sorte viveva il contratto: terminata la (attenzione) fase di gara (magari costellata da ricorsi e controricorsi), il contratto era più o meno abbandonato a se stesso: il d.lgs. 163/2016 era intitolato "codice dei contratti pubblici", ma esso non regolava il contratto, bensì la gara.

¹⁷ Art. 95, comma 6 lett. d), d.lgs. n. 50/2016.

¹⁸ " ... l'offerta economicamente più vantaggiosa ... è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali ..." (art. 95, comma 6, d.lgs. 50/2016).

¹⁹ "Il principio di economicità può essere subordinato ... ai criteri ... ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale ..." (art. 30, comma 1, d.lgs. 50/2016).

²⁰ "Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale ..." (art. 30, comma 3, d.lgs. 50/2016).

²¹ Art. 96 d.lgs. n. 50/2016.

²² Art. 93, comma 7, d.lgs. n. 50/2016.

²³ Art. 103, comma 1 ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016.

L'attenzione alla fase preparatoria della gara è iniziata ad essere avvertita con maggior forza con l'aggregazione della domanda pubblica: la centralizzazione delle gare in capo a pochi soggetti ha fatto sì che alle singole pubbliche amministrazioni fosse richiesto non più di procedere all'acquisto mediante gara, bensì di manifestare il proprio fabbisogno affinché il soggetto deputato ad esperire la gara la potesse avviare sulla base di tutti fabbisogni.

Il d.lgs. 50/2016 si inserisce in questa nuova consapevolezza e, su precisa indicazione della legge delega²⁴, detta alcuni importanti norme che segnano la prima fase dell'acquisto, invitando le singole amministrazioni ad effettuare una seria ed approfondita verifica delle proprie esigenze prima di bandire una gara.

Il nuovo codice dedica un Titolo alla "Pianificazione Programmazione e Progettazione" delle gare,²⁵ e l'art. 21 (Programma delle acquisizioni delle stazioni appaltanti) detta le regole affinché ciascuna amministrazione programmi i propri acquisti, prevedendo un programma biennale per i servizi e triennale per i lavori²⁶, dettandone le forme di pubblicità²⁷, invitando la stazione appaltante a valutare tutte le forme contrattuali previste dal codice scegliendo, tra le tante, la più idonea²⁸.

Il codice declina poi, all'art. 23, una specifica ed innovativa regolamentazione per la progettazione dei servizi²⁹.

In questa importantissima fase dell'acquisto si colloca la già segnalata "consultazione preliminare del mercato": consapevole che l'individuazione delle proprie esigenze e la messa in atto di forme di gara ad esse più adeguate siano i momenti cruciali dell'acquisto pubblico, il legislatore ha previsto un colloquio trasparente con il mercato per avviare la migliore procedura possibile.

A ben vedere la gara non è più una "cosa a due", e le regole dettate non sono più le regole di un "match" tra la stazione appaltante ed il mercato, al contrario devono quasi essere scritte in due, perché entrambe le parti in gioco, stazione appaltante e mercato, seppur da diversa prospettiva concorrono allo stesso fine: offrire il miglior bene o il miglior servizio agli utenti finali, per il bene comune.

L'attenzione alla fase di individuazione del fabbisogno è evidenziata anche in un altro punto essenziale dal nuovo codice, e cioè la qualificazione delle stazioni appaltanti: tra gli elementi che l'ANAC dovrà valutare nel rilasciare detta qualificazione v'è anche la "*capacità di programmazione e progettazione*"³⁰.

Non solo vi è una maggiore attenzione alla fase preliminare, ma anche alla fase esecutiva.

24 Cfr. art. 1, comma 1, lett. bb), legge 11/2016.

25 Parte 1, Titolo III.

26 Art. 21, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

27 Art. 21, comma 7, d.lgs. n. 50/2016.

28 Art. 21, comma 3, d.lgs. n. 50/2016.

29 Art. 23, commi 14 e 15, d.lgs. n. 50/2016.

30 Art. 38, comma 3 lett. a), d.lgs. n. 50/2016.

L'attenzione ai contratti pubblici, sino ad allora atti intoccabili, è iniziata ad emergere con forza con gli interventi legislativi di spending review: il primo, il d.l. 95/2012, che ha "tagliato" del 5% i contratti di appalto nella sanità, ha convinto tutti, anche il mercato, che il contratto poteva essere "razionalizzato"; se gestito bene, se modificato laddove era utile, il contratto poteva dare maggiori soddisfazioni sia alla parte pubblica che all'appaltatore.

Il d.lgs. 50/2016, oltre a potenziale la figura del Direttore dell'Esecuzione del Contratto³¹, cui è demandata una verifica del contratto "effettiva e non meramente documentale"³², detta all'art. 106 una serie di importanti leve per intervenire sul contratto cosicché, modificandolo, esso possa meglio rispondere alle esigenze pubbliche.

I contratti possono essere infatti estesi senza alcun limite, se tale estensione sia stata prevista in gara, con il solo limite della immodificabilità della natura del contratto³³. Possono essere previste attività supplementari nei limiti del 50%³⁴; sempre nei limiti del 50% il contratto può sopperire ad esigenze imprevedute³⁵; sono previste infine modifiche ritenute "non sostanziali", che di fatto offrono alle due parti un formidabile strumento per flettere il contratto affinché sia davvero utile per la collettività, senza alterare il libero gioco della concorrenza³⁶.

In definitiva il nuovo quadro normativo sugli acquisti pubblici, disegnato dalle tre Direttive del 2014 e dal d.lgs.50/2016, risponde al "manifesto" degli appalti pubblici pensato dalla Commissione europea nel Libro Verde del 2011: *"Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione dei suoi obiettivi con il miglioramento del clima imprenditoriale e del contesto per l'innovazione delle imprese e promuovendo un più ampio ricorso agli appalti pubblici "verdi", favorendo la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse e a basse emissioni di carbonio"*.

31 Art. 101, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

32 Art. 1, comma 1 lett. II), legge n. 11/2016.

33 Art. 106, comma 1 lett. a), d.lgs. n. 50/2016.

34 Art. 106, comma 1 lett. b), d.lgs. n. 50/2016.

35 Art. 106, comma 1 lett. c), d.lgs. n. 50/2016.

36 Secondo la definizione del codice non sono modifiche sostanziali quelle che non alterano gli elementi essenziali del contratto e che non ne mutano l'equilibrio economico (art. 106, comma 1 lett. e) e comma 4, d.lgs. n. 50/2016).

I NUOVI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI E L'ANOMALIA DELLE OFFERTE

Dott.ssa Angela Gabriele

Tra i principali aspetti innovativi del nuovo codice degli appalti e delle concessioni spicca senza dubbio l'elezione a criterio "principe", nella scelta del contraente negli appalti pubblici, dell'offerta economicamente più vantaggiosa: un netto cambio di rotta rispetto al passato, dettato dalla volontà del legislatore comunitario di far prevalere il fattore "qualità" rispetto alla "quantità", intesa come minor prezzo, circoscrivendo la possibilità di far ricorso al "tradizionale" criterio del massimo ribasso a determinate ipotesi individuate tassativamente. Un cambiamento importante le cui ragioni sono certamente da ricercarsi nelle caratteristiche comunemente - e negativamente - note del massimo ribasso, spesso e volentieri ritenuto responsabile non solo degli scarsi livelli qualitativi di beni, servizi e lavori, ma anche dell'abusato ricorso alle "varianti in corso d'opera".

1. 1. Criteri di aggiudicazione dell'appalto

L'art. 95, rubricato "Criteri di aggiudicazione dell'appalto", esprime con chiarezza questa inversione di tendenza, affermando che, premesso che i criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta, e che gli stessi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva, le stazioni appaltanti, "*... nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti (...) sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96*".

Alla luce di quanto sopra, pertanto, il criterio del minor prezzo, a norma del comma 4 dell'art. 95, può oggi continuare ad essere utilizzato *esclusivamente* nei seguenti casi:

- a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro, tenuto conto che la rispondenza 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 stabilite dal mercato;
- c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 (*soglia di rilevanza comunitaria*) caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

In presenza di una di queste ipotesi, la stazione appaltante che intenda procedere all'aggiudicazione sulla base del criterio del minor prezzo dovrà in ogni caso fornire adeguata

motivazione della scelta effettuata e indicare nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta.

All'opposto, il comma 3 dell'art. 95 individua i casi in cui il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo è assolutamente *inderogabile*. Si tratta dei contratti relativi a:

- a) servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché di servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'art. 50;
- b) servizi di ingegneria e architettura e altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro.

È evidente come in queste ipotesi, e in particolar modo per i servizi "*labour intensive*", definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari ad almeno il 50 per cento dell'importo totale del contratto (ad es., i servizi di vigilanza privata), la scelta del legislatore di optare per l'inderogabilità del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fortemente auspicata sia a livello europeo che nazionale, assuma in concreto un'importanza fondamentale.

L'esperienza pratica, nel tempo, ha dimostrato come per queste tipologie di servizi, spesso caratterizzati da un'alta rilevanza sociale e in cui il "capitale umano", la professionalità e l'organizzazione del lavoro costituiscono importanti indici di qualità del servizio, gli spazi di discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti siano andati molto spesso a discapito sia dei diritti dei lavoratori che della *par condicio* tra operatori economici di piccole e grandi dimensioni. Con la scelta del "*best value*", le stazioni appaltanti sono oggi in condizione di assicurarsi la migliore offerta nell'ambito dei parametri predefiniti, individuando l'equilibrio più vantaggioso e la combinazione ottimale tra prezzo e qualità in grado di offrirgli il massimo beneficio complessivo sulla base delle proprie esigenze e dei criteri specificati nella documentazione di gara.

2. Come viene valutata l'offerta economicamente più vantaggiosa?

Nel rispetto di quanto previsto dall'art. 95, i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa devono essere oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto. Il comma 6 individua, a titolo esemplificativo, i seguenti criteri:

- a) qualità (pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni);
- b) possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;

- c) costo di utilizzazione e manutenzione, con riguardo anche ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione;
- d) compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda, calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione della Commissione n. 2013/179/UE;
- e) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;
- f) servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;
- g) condizioni di consegna o di esecuzione.

È evidente come in questo elenco, come del resto nell'intero corpus normativo, il legislatore abbia prestato la massima attenzione all'impatto degli appalti sulla collettività, e specialmente sul lavoro, sul sociale e sull'ambiente (recependo, quanto a quest'ultimo elemento, le modifiche già introdotte nel "vecchio" codice dalla l. 221/2015, "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali").

Una conferma in tal senso è offerta anche dai successivi commi 10, in base al quale nell'offerta economica l'operatore è tenuto ad indicare i propri costi aziendali per l'adempimento delle norme in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, e 11, che prevede che i criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro *ciclo di vita* (concetto che, ai sensi del considerando 96 della Direttiva 2014/24/UE, "*...abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati*").

Ai costi del ciclo di vita (*life-cycle cost*), in particolare, è dedicato l'intero art. 96, che specifica che gli stessi comprendono i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti (relativi all'acquisizione, all'utilizzo, alla manutenzione e al fine vita, come i costi di raccolta, smaltimento e riciclaggio) e i costi imputati a esternalità ambientali, che possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.

Tornando all'art. 95, si segnala che il comma 13 prevede anche che, compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e il rispetto dei principi che presidiano gli appalti pubblici, le stazioni appaltanti indicano nella documentazione di gara i criteri premiali che intendono applicare, nella valutazione dell'offerta, in relazione al maggior *rating di legalità* dell'offerente, nonché per agevolare la partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione. Indicano altresì il maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente.

Si ricorda che il rating di legalità può essere richiesto esclusivamente da imprese italiane, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo pari ad almeno 2 milioni di euro.

Il comma 14 regola infine la possibilità che le stazioni appaltanti autorizzino ovvero esigano la presentazione di varianti da parte degli offerenti. Per gli appalti e le concessioni sotto soglia, l'art. 106 prevede una comunicazione all'Osservatorio sui contratti pubblici, mentre per i contratti sopra soglia che le varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto sono trasmesse all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo.

3.

Le Linee guida in materia di offerta economicamente più vantaggiosa. **Il Documento di consultazione ANAC**

A proposito del rating di legalità, è il caso di sottolineare come nel Documento di consultazione relativo alle "*Linee guida in materia di offerta economicamente più vantaggiosa*", finalizzato a fornire le indicazioni operative per il calcolo della stessa e pubblicato dall'ANAC preliminarmente alla predisposizione delle prossime Linee guida attuative del nuovo codice, l'ANAC ha rilevato come, a meno che la stazione appaltante non sappia già, nella predisposizione del bando di gara, che alla procedura potranno partecipare solo imprese potenzialmente idonee ad avere il rating, è opportuno che, per il suo utilizzo, vengano introdotte compensazioni per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione. Inoltre, essendo l'elenco delle imprese che hanno un rating di legalità pubblico, sarebbe altresì opportuno limitare l'utilizzo di tale criterio nei casi in cui la stazione appaltante scelga direttamente gli operatori economici da invitare.

Un altro aspetto oggetto di riflessione nel sopracitato Documento è la ponderazione dei criteri di valutazione, cioè il valore attribuito dalla stazione appaltante a ciascuno di essi. In proposito, l'Autorità fa riferimento alla possibilità, ai sensi del comma 7 dell'art. 95, di competere esclusivamente sulla qualità, annullando l'elemento "costo" nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La norma in questione, infatti, prevede espressamente che l'elemento relativo al costo, anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 2 (cioè le "*disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici*"), può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

Secondo l'Autorità la norma, così com'è formulata, lascia aperta la definizione delle fattispecie per le quali è possibile annullare l'elemento "costo" nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Laddove, pertanto, la stazione appaltante decida di determinare il prezzo dell'affidamento per fattispecie diverse da quelle per le quali vi è una norma di legge che lo preveda, le stesse dovranno adottare particolari cautele al riguardo, valutando con attenzione le modalità di calcolo e stima del prezzo o costo fisso: ciò al fine di evitare che il prezzo sia troppo contenuto per permettere la partecipazione di imprese "corrette" o, al contrario, troppo elevato, producendo danni per la stazione appaltante.

Tale approccio, se correttamente applicato, potrebbe, a ben vedere, rappresentare la soluzione migliore nell'ipotesi in cui la gara d'appalto abbia ad oggetto la pura prestazione di manodopera (ad es., con riferimento al settore della vigilanza privata, l'erogazione di servizi di piantonamento, potendosi in tal caso assumere, quale disposizione di riferimento per l'individuazione del prezzo del servizio, le tabelle ministeriali del costo del lavoro per la vigilanza privata - Decreto del Ministero del Lavoro del 21 marzo 2016, *concernente la determinazione del costo medio orario del lavoro per il personale dipendente da istituti ed imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari a valere dai mesi di febbraio 2013, febbraio 2014, febbraio 2015 e marzo 2016* -), lasciando così il dispiegarsi della concorrenza esclusivamente sulle caratteristiche qualitative dell'offerta.

Si segnala infine che, ai fini di una corretta valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo, potrebbe essere opportuno, in linea generale, imporre un limite alla ponderazione del fattore "prezzo", che in nessun caso dovrebbe poter eccedere il 50 per cento del totale dei punteggi utili all'aggiudicazione. Corrispondentemente, sarebbe opportuno attribuire all'elemento qualitativo un peso non inferiore al 50 per cento (o altra percentuale ritenuta congrua dall'Autorità) del punteggio totale.

Ciò consentirebbe di scongiurare il rischio di possibili elusioni sostanziali dell'obbligo di aggiudicare i suddetti appalti esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, evidentemente riscontrabili laddove vengano indette gare in cui, ad esempio, il fattore prezzo rappresenti il 99 per cento dei punti utili all'aggiudicazione - evenienza tutt'altro che di fantasia, essendosi già concretizzata in altri Paesi europei quali la Spagna -.

4. Le offerte anormalmente basse

L'art. 97 del nuovo codice contempla la disciplina della procedura di valutazione delle offerte anormalmente basse in sede di aggiudicazione dell'appalto. Per offerta anomala si intende un'offerta anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando e che, al contempo, suscita il sospetto della scarsa serietà dell'offerta medesima e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per il fatto di non assicurare all'operatore economico un adeguato profitto.

Come già previsto dal "vecchio" codice, non vige, in linea di massima (salvo l'eccezione di cui al comma 8, di cui si dirà in seguito), un meccanismo di esclusione automatica

delle offerte che appaiono anormalmente basse alla stazione appaltante: al contrario, spetta a quest'ultima richiedere agli operatori economici spiegazioni in merito al prezzo o ai costi proposti nelle offerte laddove queste appaiano anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sensibilità e realizzabilità dell'offerta.

Tanto premesso, la norma effettua poi una distinzione tra i casi in cui il criterio di aggiudicazione dell'appalto sia quello del massimo ribasso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel primo caso, cioè per le gare bandite con il criterio del prezzo più basso, il comma 2 stabilisce che la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia individuata in base ad una tra cinque formule aritmetiche; la formula prescelta, allo scopo di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, viene sorteggiata dalla stazione appaltante.

Nel secondo caso, cioè quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il comma 3 stabilisce che la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

Quanto alle spiegazioni che gli operatori economici, ai sensi del comma 1, sono tenuti a fornire sul prezzo o sui costi proposti per giustificare le offerte che appaiono anormalmente basse, il comma 4, recependo quanto stabilito dall'art. 69 della Direttiva 24/2014/UE, prevede che queste possano riferirsi, in particolare, a:

- a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi o del metodo di costruzione;
- b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, i servizi o i lavori;
- c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti.

Le spiegazioni in commento, come detto, sono richieste dalla stazione appaltante, e il concorrente ha un termine minimo di 15 giorni di tempo per presentarle per iscritto. Successivamente, la stazione appaltante potrà escludere l'offerta solo se la prova fornita non giustifichi sufficientemente il basso livello del prezzo o dei costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 2, o laddove accerti che l'anomalia dell'offerta derivi da:

- a) il mancato rispetto degli obblighi di cui all'art. 30, comma 3, in materia ambientale, sociale e del lavoro (stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali);
- b) il mancato rispetto degli obblighi di cui all'art. 105, sulla disciplina del subappalto;

- c) l'incongruità degli oneri aziendali di sicurezza di cui all'art. 95, comma 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche di lavori, servizi e forniture;
- d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16, che prevede espressamente, in tema di progettazione degli appalti, che per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, *"... il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali"* (ad es., per il settore della vigilanza privata, il riferimento è alle tabelle ministeriali del costo del lavoro sono contenute nel Decreto del Ministero del Lavoro del 21 marzo 2016, *concernente la determinazione del costo medio orario del lavoro per il personale dipendente da istituti ed imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari a valere dai mesi di febbraio 2013, febbraio 2014, febbraio 2015 e marzo 2016*).

A proposito delle suddette tabelle, giova sottolineare come il Consiglio di Stato, III sezione, con la sentenza n. 4699 del 13 ottobre 2015, abbia espressamente affermato che il costo del lavoro deve avere come parametro quello stabilito dalle tabelle ministeriali del settore interessato, che sono calcolate sulla base della contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, anche laddove nel bando di gara non sia prescritta l'obbligatorietà di applicare uno specifico contratto collettivo, e che è a tale contratto collettivo che occorre riferirsi nella fase di verifica dell'anomalia, per contemperare da un lato la libertà d'impresa (ex art. 41 della Costituzione) e dall'altro evitare pratiche di dumping sociale. Per il Consiglio di Stato, inoltre, è vero che *"...le tabelle ministeriali, secondo la giurisprudenza amministrativa, costituiscono solo un parametro di riferimento nella valutazione dell'anomalia dell'offerta"*, ed è altrettanto vero che *"...una possibile differenza del costo del lavoro determinato nell'offerta dal costo indicato nelle tabelle può essere giustificata dalle diverse particolari situazioni aziendali e territoriali e dalla capacità organizzativa dell'impresa che possono rendere possibile, in determinati contesti particolarmente virtuosi, anche una riduzione dei costi del lavoro"*, ma la possibile presentazione di offerte da parte di imprese che affermano di utilizzare contratti collettivi che non rientrano fra quelli stipulati da associazioni maggiormente rappresentative risulta, invece, *"...del tutto estranea alle suddette valutazioni riguardanti le specifiche caratteristiche dell'attività di impresa"*.

Tornando alle giustificazioni offerte dagli operatori economici, il comma 6 dell'art. 97 chiarisce che queste non sono in nessun caso ammesse né in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge né a oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dal Testo unico sulla sicurezza sul lavoro.

Infine, se l'offerta è anormalmente bassa perché l'operatore economico ha ottenuto un aiuto di Stato ma non è in grado di dimostrare la compatibilità dell'aiuto ricevuto con

il mercato interno (ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), la stazione appaltante esclude l'offerta e informa la Commissione europea.

Da ultimo, il comma 8 dell'art. 97 regola la sola ipotesi di esclusione automatica dalla gara delle offerte anormalmente basse, circoscritta al caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35 (*soglia di rilevanza comunitaria*), e a condizione che il numero delle offerte ammesse sia pari almeno a 10.

In tal caso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2; non si applicano, coerentemente, i commi 4, 5 e 6 della norma.

L'art. 50 del nuovo codice degli appalti prevede che per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a servizi *ad alta intensità di manodopera* (sempre intesi come quelli nei quali il costo della manodopera è pari ad almeno il 50 per cento dell'importo totale del contratto), i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche *clausole sociali* volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione, da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 (cioè "*i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria*").

1. La clausola sociale tra vecchio e nuovo codice degli appalti

La clausola sociale, detta anche di *salvaguardia* o di *assorbimento* del personale impiegato dal precedente aggiudicatario, opera, come noto, nell'ipotesi di cessazione d'appalto e subentro di nuova impresa appaltatrice, e risponde normalmente all'esigenza di assicurare continuità del servizio e dell'occupazione in ipotesi di discontinuità dell'affidatario (così anche Corte di Cassazione, sentenza n. 68 del 3 marzo 2011). In sostanza la clausola sociale comporta, in caso di cambio d'appalto, l'obbligo per l'impresa aggiudicataria che subentra nell'esecuzione del contratto di garantire i livelli occupazionali in essere, procedendo all'assunzione del personale già in forza nell'impresa cessante.

Già nel d.lgs. 163/2006, cioè il "vecchio" codice degli appalti, l'art. 69, rubricato "Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito", prevedeva che le stazioni appaltanti potessero esigere *condizioni particolari* per l'esecuzione del contratto, precisandole nel bando di gara, nell'invito o nel capitolato d'onere, purché le stesse fossero compatibili con il diritto comunitario e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità; tali condizioni potevano attenersi, in particolare, a esigenze *sociali* o ambientali.

In applicazione di questa disciplina, la prassi è che le stazioni appaltanti prevedano, negli atti di gara, apposite clausole sociali volte a garantire il transito del personale impiegato nell'appalto da un'impresa all'altra e, con esso, la salvaguardia della stabilità occupazionale.

Tali clausole e, più in generale, la disciplina relativa al cambio d'appalto e al mantenimento dell'occupazione, sono normalmente contenute nei CCNL di categoria (per

la disciplina del cambio d'appalto nel settore della vigilanza privata, ad es., si vedano gli artt. 24-27 del CCNL per dipendenti da istituti e imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari), ai quali le stazioni appaltanti usano fare esplicito richiamo, provvedendo, nella documentazione di gara, alla trascrizione integrale delle stesse norme o all'utilizzo di corrispondenti formule di stile (ad es., prevedendo che l'appaltatore si obblighi "... al rispetto di tutti gli articoli contenuti nel vigente C.C.N.L. per i Dipendenti degli Istituti e Imprese di Vigilanza privata e Servizi Fiduciari, con particolare riguardo agli artt. 24, 25, 26 e 27 dello stesso, aventi ad oggetto l'applicazione delle norme contrattuali relative alla salvaguardia ed alla tutela dei livelli occupazionali").

Chiarita la finalità eminentemente sociale della clausola, impiegata in funzione di tutela della stabilità occupazionale, la questione merita tuttavia di essere presa in esame anche da un punto di vista diverso e, in parte, contrapposto, e cioè da quello della libertà economica d'impresa e di mercato.

Come detto, le clausole sociali consistono normalmente in previsioni, di fonte normativa o pattizia, che, in caso di cambio d'appalto, impongono specifici obblighi a carico dei soggetti appaltatori nell'esecuzione del contratto; trattandosi appunto di obblighi è naturale, se non addirittura fisiologico, che questi producano un effetto limitativo dell'autonomia imprenditoriale dell'obbligato, subordinandola necessariamente ad interessi collettivi socialmente rilevanti.

Del resto, appare piuttosto evidente come l'imposizione in capo all'operatore economico di un onere di riassorbimento del personale impiegato dal precedente appaltatore possa risultare, in non pochi casi, incompatibile o comunque non armonizzabile con lo specifico modello organizzativo e le esigenze tecniche e di manodopera dell'impresa aggiudicataria, con il conseguente rischio di andare ad incidere sulla sfera giuridica del subentrante fino al punto di condizionarne l'effettiva libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione.

La posta in gioco, quindi, è il bilanciamento di interessi tra tutela del lavoro, da un lato, e libertà di iniziativa economica e corretto dispiegarsi della concorrenza tra imprese dall'altro; anche su quest'ultimo tema, infatti, la clausola sociale ha da sempre suscitato aspetti problematici connessi al rispetto dei principi comunitari in materia.

Tornando al contesto normativo attuale, è significativo segnalare come la previsione, nel nuovo codice, della *facoltatività* dell'inserimento della clausola sociale nei bandi di gara sia stata una delle tematiche maggiormente discusse sia precedentemente che all'indomani della pubblicazione del testo definitivo. Sulla questione, infatti, dietro forte pressione dei sindacati, già in sede di emanazione dei rispettivi pareri sullo schema di decreto legislativo, le commissioni parlamentari erano intervenute chiedendo l'introduzione dell'obbligatorietà della suddetta clausola, vincolando pertanto l'approvazione del testo all'inserimento delle parole "devono prevedere" al posto dell'originaria formulazione "possono prevedere".

Nella bozza di codice entrata in Consiglio dei Ministri per l'approvazione definitiva, pertanto, era stato stabilito che "per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto (...) i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti *inseriscono*, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali"; ciononostante, nella versione finale del provvedimento, l'*obbligatorietà* della clausola ha lasciato nuovamente il posto alla *facoltatività*, suscitando di conseguenza un sentito malcontento soprattutto da parte dei sindacati, preoccupati per il presunto venir meno di un'importante forma di tutela per i posti di lavoro in caso di cambio d'appalto, nonché per il possibile crearsi di situazioni di concorrenza sleale.

2. La clausola sociale nella giurisprudenza amministrativa

In realtà, a ben vedere, il dibattito sulla corretta interpretazione della clausola sociale e, in particolare, sui rapporti tra obblighi di solidarietà e libertà di iniziativa economica e concorrenza, rappresenta una questione tutt'altro che inedita per la giurisprudenza amministrativa.

In proposito, un'interessante sentenza del Consiglio di Stato (III sezione, n. 1255 del 30 marzo 2016) ha di recente ripercorso compiutamente gli orientamenti espressi nel tempo dal Collegio, richiamando i principi dallo stesso elaborati sulla portata della clausola sociale e, in particolare, dell'obbligo di riassorbimento, in caso di cambio d'appalto, di tutto il personale alle dipendenze dell'appaltatore uscente da parte del subentrante. A tale obbligo, secondo il Consiglio, va data una lettura "flessibile", secondo il diritto vivente, nel senso che l'appaltatore subentrante debba sì assumere prioritariamente gli stessi lavoratori che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, ma solo a condizione che "il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili e compatibili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante", mentre i lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali (cfr. Consiglio di Stato, III sezione, n. 5598 del 2 ottobre 2015 e, *ex plurimis*, Consiglio di Stato, IV sezione, n. 5725 del 2 dicembre 2013).

La clausola sociale, secondo la giurisprudenza amministrativa, va quindi interpretata evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; ciò conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza. Un'interpretazione di segno inverso risulterebbe altrimenti lesiva della concorrenza, "scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto" (cfr. Consiglio di Stato, VI sezione, n. 5890 del 27 novembre 2014).

Nondimeno, la necessità di prendere in considerazione i principi di libera concorrenza e iniziativa imprenditoriale comporta anche che la clausola non implichi alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (cfr. Consiglio di Stato, III sezione, n. 1896 del 5 aprile 2013).

In conclusione, è possibile affermare che la clausola sociale, perseguendo la finalità prioritaria di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, è costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (ai sensi dell'art. 35 della Costituzione), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa dalla stessa Carta costituzionale tutelata (ex art. 41) (cfr. Consiglio di Stato, n. 5598/2015, cit.).

Pertanto, anche in presenza di una clausola sociale introdotta nella *lex specialis* dell'appalto sulla base di specifiche disposizioni della contrattazione collettiva, un limite alla sua operatività è in ogni caso da ravvisarsi nella possibilità di armonizzare l'assorbimento dei lavoratori che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante.

3. Clausola sociale e vigilanza privata. Le Linee guida ANAC

Per quanto riguarda, in particolare, i riflessi applicativi della clausola sociale nel settore della vigilanza privata, è importante tenere presente quanto espresso, sia pure in corso di vigenza del precedente codice degli appalti, dall'ANAC, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, nella Determinazione n. 9 del 22 luglio 2015, "*Linee guida per l'affidamento del servizio di vigilanza privata*", pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 186 del 12 agosto 2015.

Il documento in questione è stato adottato all'esito di una consultazione pubblica e di un apposito tavolo tecnico (al quale hanno preso parte anche le associazioni di categoria del settore) aperti a seguito delle numerose segnalazioni pervenute dalla Prefettura di Roma in relazione agli appalti indetti per l'affidamento dei servizi di vigilanza privata. Tra le criticità segnalate, e i punti conseguentemente esaminati nella Determinazione, è stato affrontato, nello specifico, anche il tema delle modalità di attuazione del cambio di appalto, con particolare riferimento all'applicazione, da parte del nuovo aggiudicatario, di tariffe orarie inferiori al personale dell'impresa uscente.

In tale contesto, l'ANAC si è pronunciata anche con riguardo alla clausola sociale, precisando che in linea generale, per costante giurisprudenza, la stessa non va intesa come obbligo di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, anche ove la stazione appaltante sia tenuta ad inserirla nella disciplina di gara per disposizione di contrattazione collettiva nazionale e, pertanto, non configura un automatismo assoluto in fase esecutiva.

Infatti *“l'amministrazione non può ritenersi vincolata in maniera indefinita ad utilizzare un servizio con un numero di addetti variabile solo in aumento, nonostante l'evoluzione tecnologica consenta la realizzazione del servizio con un numero minore, con corrispondente risparmio di spesa pubblica”* (cfr. Consiglio di Stato, III sezione, n. 2533 del 10 maggio 2013). Al contrario, la clausola va interpretata come cogente a condizione che il riassorbimento sia armonizzabile con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, in modo da non attribuirle un effetto escludente.

La clausola, pertanto, può essere inserita soltanto nel caso in cui il nuovo affidamento abbia ad oggetto il medesimo servizio per il quale è cessato l'appalto. Conseguentemente, è necessario che la stazione appaltante definisca correttamente l'oggetto dell'appalto secondo un'esatta applicazione del DM 269/2010, evitando di qualificare come servizio di vigilanza privata attività che invece ne esulano, oppure che trasformi il servizio di vigilanza privata, oggetto del precedente appalto, in un servizio fiduciario; in tal caso, il riassorbimento del personale non può trovare applicazione.

L'obbligo di reperimento dei lavoratori dal precedente affidatario può quindi essere consentito soltanto previa valutazione di compatibilità con l'organizzazione dell'impresa, nel duplice senso che sia il numero dei lavoratori sia la loro qualifica devono essere armonizzabili con l'organizzazione d'impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative previste. La clausola sociale, si ribadisce, non può imporre un obbligo di integrale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, senza adeguata considerazione delle mutate condizioni del nuovo appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono.

Infine, per una corretta applicazione della clausola sociale nelle procedure di gara per l'affidamento del servizio di vigilanza privata, l'Autorità ha valutato che la presenza di specifici obblighi in materia di assorbimento del personale derivanti dal CCNL di settore determina la necessità di prevedere che nella documentazione di gara sia contenuta in maniera chiara ed espressa la clausola sociale quale modalità di esecuzione dell'appalto.

In considerazione di quanto sopra, l'ANAC ha concluso che l'eventuale violazione della clausola sociale non determina automaticamente la risoluzione del contratto di appalto, precisando invece che il suo mancato rispetto, costituendo la stessa modalità di esecuzione del contratto, potrà essere valutata dalla stazione appaltante di volta in volta, al fine di verificare se l'appaltatore abbia commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione del contratto.

Alla luce di quanto sopra, la clausola sociale resta pertanto una facoltà delle stazioni appaltanti, che peraltro la devono inserirle ed applicare, anche con l'entrata in vigore del nuovo codice, nel rispetto dei principi giurisprudenziali in materia, che mirano a controbilanciare le esigenze di solidarietà sociale con quelle di libertà economica.

II NUOVO SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI E DELLE IMPRESE

Dott.ssa Angela Gabriele



La riforma degli appalti attribuisce un ruolo assolutamente centrale all'ANAC, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in capo alla quale vengono previsti importanti poteri di intervento, anche sanzionatorio, regolamentazione, controllo e vigilanza sulla corretta applicazione del codice, specialmente nella fase successiva all'aggiudicazione del contratto, allo scopo di scongiurare, principalmente, fenomeni di corruzione e conflitti di interesse.

Tra le principali nuove attribuzioni dell'Autorità, in particolare, spicca il compito di riorganizzare il sistema di qualificazione sia delle stazioni appaltanti, sulla base di criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, che degli operatori economici, anche attraverso l'introduzione di un sistema amministrativo di misure di premialità e penalità per le imprese connesse alla reputazione, coerentemente con la normativa Antitrust in tema di rating di legalità.

1. La qualificazione delle stazioni appaltanti

Il sistema di qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici rappresenta una delle novità più importanti della riforma: con l'attuale impianto normativo, infatti, così come accade per le imprese, anche le stazioni appaltanti sono tenute a dimostrare il rispetto dei requisiti prefissati dall'ANAC, presupposto indispensabile, insieme alla riduzione del numero di queste ultime, affinché solo i soggetti con determinate caratteristiche, qualifiche e competenze siano ammessi ad indire gare d'appalto.

La disciplina di riferimento è contenuta nell'art. 38 del codice degli appalti, da analizzare in combinato disposto con il precedente art. 37, in materia di aggregazione e centralizzazione delle committenze.

Fermo restando quanto stabilito dall'art. 37, che si vedrà in seguito, l'art. 38 del nuovo codice, come prima cosa, incarica l'ANAC di istituire e gestire uno specifico elenco nazionale delle stazioni appaltanti qualificate (in rapporto agli ambiti di attività e territoriali, nonché alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo), di cui faranno parte anche le centrali di committenza.

Per poter ottenere l'iscrizione nell'elenco, le stazioni appaltanti (ad eccezione dei soggetti iscritti *de iure*, e cioè il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP, INVITALIA, i soggetti aggregatori regionali e le città metropolitane ex art. 9 del d.l. 66/2014 e s.m.i.) dovranno soddisfare una serie di requisiti tecnico organizzativi da definirsi con un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita anche l'ANAC, che dovrà essere adottato entro

novanta giorni dall'entrata in vigore del codice e cioè, presumibilmente, all'inizio del mese di luglio 2016.

Tali requisiti saranno definiti in applicazione di criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, come specificato dal comma 2 della norma, per le centrali di committenza il carattere della stabilità delle attività e il relativo ambito territoriale. Lo stesso decreto definirà anche le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e di eventuale aggiornamento e revoca, nonché la data a decorrere dalla quale il nuovo impianto entrerà in vigore (a tal proposito, l'ANAC assegnerà alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza un termine congruo per adeguarsi ai requisiti richiesti, e stabilirà i casi in cui sarà possibile disporre una qualificazione "con riserva", allo scopo di consentire l'acquisizione della capacità tecnica ed organizzativa richiesta per l'ottenimento della qualificazione "definitiva").

Ai sensi del comma 3 la qualificazione, che verrà conseguita per una durata di cinque anni (ferma restando la possibilità di essere oggetto di revisione a seguito di verifica, anche a campione, sia da parte dell'ANAC che su richiesta della stessa stazione appaltante), avrà ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti:

- a) capacità di programmazione e progettazione;
- b) capacità di affidamento;
- c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, inclusi il collaudo e la messa in opera.

Il soddisfacimento dei requisiti di cui al comma 3, a sua volta, sarà il risultato delle valutazioni di una serie di parametri obiettivi, distinti in due macro-categorie: requisiti di base e requisiti premianti.

Per quanto riguarda i *requisiti di base*, il comma 4, lettera a), individua i seguenti elementi, prestando attenzione non soltanto all'esperienza pregressa della stazione appaltante, quale garanzia di affidabilità, ma anche a profili attuali e concreti attinenti all'organizzazione interna e alla professionalità del personale:

1. l'esistenza di strutture organizzative stabili deputate alle attività di cui alle lettere a), b) e c);
2. sempre in rapporto alle suddette attività, la presenza nella struttura organizzativa di personale dipendente con specifiche competenze;
3. l'esistenza di un sistema di formazione e di aggiornamento del personale;
4. il numero di gare svolte nell'ultimo triennio (con relativa indicazione di tipologia, importo, complessità, varianti approvate, scostamento tra importi a base di gara e consuntivo delle spese sostenute e rispetto dei tempi di esecuzione, aggiudicazione e collaudo);
5. il rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori.

Analogamente ai requisiti di base, sono cinque anche i *requisiti premianti* individuati dalla successiva lettera b), e cioè:

1. la valutazione positiva dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità;
2. la presenza di sistemi di gestione della qualità certificati conformi alla norma UNI EN ISO 9001 degli uffici e dei procedimenti di gara;
3. la disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara;
4. il livello di soccombenza nel contenzioso;
5. l'applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento.

Gli ultimi commi dell'art. 38, al fine di rendere effettivo il nuovo sistema di qualificazione, prescrivono due diverse misure, una sanzionatoria e una premiale.

Il comma 8, nello specifico, stabilisce che, a decorrere dall'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione, l'ANAC non rilascerà il CIG (codice identificativo di gara) alle stazioni appaltanti che procedano all'acquisizione di beni, servizi o lavori non rientranti nella qualificazione conseguita.

Al contrario, in un'ottica incentivante, il comma 9 prevede l'attribuzione di una quota parte delle risorse del fondo per la premialità delle stazioni appaltanti (istituito con l'art. 213, comma 14, e finanziato con le sanzioni irrogate dall'ANAC in caso di mancata o non veritiera risposta a richiesta di informazioni o esibizione di documenti) al fondo per la remunerazione del risultato dei dirigenti e dei dipendenti appartenenti alle unità organizzative competenti per i procedimenti disciplinati dal codice.

Sono esclusi dall'applicazione dell'art. 38 gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici.

2. L'obbligo di aggregazione e centralizzazione delle committenze

La rinnovata attenzione alla qualificazione, quale requisito per l'abilitazione a bandire le gare d'appalto sulla base delle competenze e delle risorse possedute, va necessariamente raccordata, nell'impianto del nuovo codice, con l'intervento di riduzione del numero delle stazioni appaltanti.

Un'efficace sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, infatti, non può prescindere da una riorganizzazione generale del funzionamento delle stesse: la riduzione dei centri di acquisto, nelle intenzioni del legislatore, è infatti volta primariamente a permettere di istituire amministrazioni aggiudicatrici sempre più professionali e competenti. E' opportuno accennare, in proposito, che anche i commissari di gara, per le gare al di sopra delle soglie comunitarie, saranno scelti all'interno di un apposito albo nazionale istituito e gestito presso l'ANAC (anche in tal caso, comunque, è prevista l'emanazione di un decreto attuativo ad hoc).

Nello specifico, il nuovo art. 37, in materia di aggregazione e centralizzazione delle committenze, esordisce stabilendo che le amministrazioni non possono più bandire gare liberamente per qualsiasi importo, così come accadeva in passato, dovendo al contrario rispettare vincoli particolarmente stringenti: fermi restando gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti norme sul contenimento della spesa, le stazioni appaltanti potranno procedere direttamente e autonomamente *esclusivamente* all'acquisizione di servizi e forniture di importi inferiori a 40.000 euro e di lavori di importi inferiori a 150.000 euro.

Al di sopra di questo tetto, le stazioni appaltanti che non saranno in possesso di idonea qualificazione ex art. 38 dovranno inderogabilmente rivolgersi ad una centrale di committenza, ovvero far ricorso all'aggregazione con una o più stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualifica.

Ma c'è di più: per gli acquisti superiori ai 40.000 e ai 150.000 euro, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo compreso tra i 150.000 e 1 milione di euro, le stazioni appaltanti dovranno comunque passare per l'utilizzo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente.

Inoltre, nel caso in cui la stazione appaltante sia un comune non capoluogo di provincia, il comma 4 prevede un altro vincolo: ferme restando le precedenti limitazioni, tali comuni potranno procedere secondo una delle seguenti modalità: ricorrendo ad una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziosandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento; ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita ai sensi della l. 56/2014.

Con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottarsi entro sei mesi dall'entrata in vigore del codice, saranno stabiliti i criteri e le modalità per la costituzione delle centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia, nonché l'individuazione degli ambiti territoriali di riferimento, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche.

L'art. 37 prosegue poi individuando i compiti delle centrali di committenza (aggiudicazione degli appalti, stipulazione di accordi quadro e gestione di sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici) e disciplinando l'ipotesi di esecuzione congiunta di specifici appalti e concessioni da parte di due o più stazioni appaltanti che si "uniscano" per ottenere, in via cumulativa, la necessaria qualificazione: in tal caso, è prevista la responsabilità solidale per l'adempimento degli obblighi derivanti dal codice, nonché l'individuazione di un unico responsabile del procedimento in comune.

Sono esclusi dall'applicazione dell'art. 37 gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono una delle attività previste dagli artt. da 115 a 121 (c.d. settori speciali).

3. La qualificazione delle imprese

Anche il sistema di qualificazione degli operatori economici presenta importanti novità rispetto al previgente impianto normativo: con il nuovo codice, all'art. 83, viene stabilito che i criteri di selezione per partecipare alle procedure di gara riguardano esclusivamente i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione.

Il sistema di qualificazione degli operatori economici viene così revisionato in base a criteri di trasparenza, omogeneità e verifica di capacità, competenze e attività eseguite, anche introducendo misure di premialità connesse alla reputazione, coerentemente con la normativa vigente in tema di rating di legalità, in modo da evitare che soggetti che non hanno rispettato ripetutamente le condizioni fissate nei bandi di gara possano continuare a contrarre con la pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda, in particolare, la realizzazione di lavori, al comma 2 è stabilito che con linee guida dell'ANAC, da adottarsi entro un anno dall'entrata in vigore del codice, previo parere delle competenti commissioni parlamentari, saranno disciplinati, anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dai concorrenti e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso dei predetti requisiti.

Per gli appalti di servizi e forniture, invece, il comma 4 prevede che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere:

- a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto (che non potrà, salvo eccezioni adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi e forniture oggetto di affidamento, superare il doppio del valore stimato dell'appalto. In ogni caso, la stazione appaltante, laddove richieda un fatturato minimo annuo, dovrà indicarne le ragioni nei documenti di gara);
- b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività;
- c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

Inoltre, in relazione alla verifica delle capacità tecniche e professionali, il comma 6 prevede che le stazioni appaltanti possono richiedere all'impresa specifici standard di qualità, derivanti dal possesso di adeguate risorse umane e tecniche e dell'esperienza necessaria. Le informazioni richieste non possono comunque eccedere l'oggetto dell'appalto, tenendo in ogni caso conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

A garanzia della corretta dispiegarsi della concorrenza, il comma 8 stabilisce che le stazioni appaltanti indichino esplicitamente, nella documentazione di gara, sia le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, e che effettuino la verifica sia formale che sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite.

Infine, si specifica la tassatività delle cause di esclusione contenute nella documentazione di gara, a pena di nullità, rispetto a quelle previste dal codice e da altre disposizioni di legge vigenti.

Merita un cenno, in ultimo, la conferma, da parte dell'art. 84 del nuovo codice, del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici da parte delle SOA, le Società Organismi di Attestazione, organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC.

A dispetto di quanto ipotizzato nelle prime bozze del provvedimento, in cui si era parlato di innalzare ad un milione di euro il tetto al di sotto del quale la qualificazione viene effettuata direttamente dalle stazioni appaltanti, gara per gara, resta fermo, al contrario, l'intervento delle SOA per tutti i lavori sopra la soglia dei 150.000 euro.

Tali organismi, rispetto ai quali, entro tre mesi dall'entrata in vigore del codice, l'ANAC effettuerà una ricognizione straordinaria dei requisiti di esercizio dell'attività, attestano:

- a) l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80;
- b) il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecniche e professionali di cui all'art. 83;
- c) il possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati;
- d) il possesso di certificazione del rating di impresa, rilasciata dall'ANAC ai sensi dell'art. 83, comma 10.

La qualificazione SOA ha durata di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale indicati nelle linee guida.

Sopra i 20 milioni di euro, le stazioni appaltanti potranno chiedere una qualificazione rafforzata, integrando i requisiti base con elementi aggiuntivi a loro discrezione.

L'ANAC vigila sul sistema di qualificazione e, a tal fine, effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario. Entro un anno dall'entrata in vigore del codice, infine, un apposito decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Autorità, potrà individuare nuove modalità di qualificazione anche alternative o sperimentali da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate ai sensi dell'articolo 38, per migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici.

4. Il rating d'impresa

Tornando all'art. 83, novità di grande rilievo del nuovo codice è la comparsa, nel comma 10, di un inedito *rating d'impresa* targato ANAC. Si tratta di un sistema, modellato sul *rating di legalità* utilizzato dall'Antitrust nell'ambito dei finanziamenti pubblici e privati, in grado di valutare il *curriculum* "sostanziale" dell'impresa, ai fini dell'integrazione della normale qualificazione "formale", esaminandone la storia, i precedenti lavori, il rispetto dei costi, nonché eventuali ritardi, contenziosi e irregolarità nei pagamenti dei contributi previdenziali.

È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione e rilascia l'apposita certificazione, in forma di un sistema di penalità e premialità nei confronti degli operatori economici, connesso a criteri reputazionali valutati sulla base di parametri qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché su accertamenti definitivi che esprimano la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa.

La definizione dei requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, spettano ad apposite linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del codice.

I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa dovranno tenere conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Antitrust; l'art. 213, comma 7, del nuovo codice, infatti, dispone che le due Autorità collaborano ai fini della rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione per l'attribuzione del rating di legalità, e che tale rating, a sua volta, 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; alla regolarità contributiva, compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti.

I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso (intesa, secondo il parere del Consiglio di Stato n. 855 del 1 aprile 2016, come definitiva conclusione in senso sfavorevole al concorrente) sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti.

Nell'ambito dell'attività di gestione di tale sistema, infine, l'ANAC potrà determinare misure sanzionatorie amministrative da applicare nei casi di omessa o di tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi.



Il nuovo codice degli appalti, di cui al d.lgs. n. 50/2016, ha modificato la disciplina relativa all'esecuzione ridisegnandone la fisionomia e prospettiva.

Non si è trattato, tuttavia, di un ridisegno formale, ma di una profonda revisione degli istituti che ne attesta l'allontanamento dalla concezione dirigistica che aveva ispirato la vecchia disciplina con finalità di snellire e semplificare il processo esecutivo degli appalti. Segnatamente il titolo V, parte II, del nuovo codice, disciplina la fase esecutiva del contratto di appalto pubblico e consta di 14 articoli (artt. 100-113).

Anche con riferimento alla fase esecutiva, per la definitiva implementazione del nuovo codice, saranno necessari gli interventi del Ministero Infrastrutture e dei Trasporti e dell'ANAC.

Le novità sono ovviamente generate dalle Direttive Comunitarie e dai principi contenuti nella Legge Delega n. 11/2016.

Le più interessanti novità sono state introdotte in materia di subappalto (art. 105) e di modifica dei contratti durante il periodo di efficacia (art. 106).

1. Il subappalto

Il subappalto, relativo agli appalti pubblici, è stato ridisegnato con importanti novità sulla scorta dell'esigenza adeguatrice alle istanze comunitarie.

L'*incipit* della norma ribadisce il divieto di cessione, a pena di nullità del contratto, e al contempo viene, per la prima volta, resa in materia di appalti pubblici una definizione giuridica secondo cui "il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto".

Si osserva che nell'impianto del testo preliminare vi era stata una decisa sterzata verso la completa liberalizzazione senza la previsione di alcun "tetto massimo" di percentuale subappaltabile. Il legislatore delegato, nella stesura definitiva, ha invece optato per una soluzione più cauta, limitando al 30% il tetto massimo della percentuale dell'intero importo del contratto di appalto, che come noto nell'abrogato codice (per i lavori) era riferito alla sola categoria prevalente, come già per gli appalti di forniture e servizi.

Viene inoltre introdotto (art. 105, comma 6) l'obbligo di indicare in gara una terna di subappaltatori, nel caso di appalti superiori alla soglia comunitaria e qualora non sia necessaria una particolare specializzazione.

Medesimo incombente può essere, comunque, posto dalla stazione appaltante anche per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria. Tale statuizione riprende quanto già in passato previsto dall'abrogato articolo 18, comma 3 della legge 55/1990, che aveva imposto di indicare i nomi dei subappaltatori durante la gara.

Ulteriore novità - in ossequio al principio di immutabilità dei requisiti, sia tecnici che soggettivi - è quella secondo cui l'appaltatore deve comunicare eventuali modifiche sopraggiunte nel corso del contratto, relative ai sub contraenti, nonché le informazioni richieste per eventuali nuovi subappaltatori coinvolti successivamente in questi lavori o servizi.

Il contraente principale è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 10.9.2003, n. 276 (attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro di cui alla L.14.2.2003, n. 30).

Sotto speculare profilo in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzione dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore, nonché in caso di inadempimento contributivo, la stazione appaltante provvede al pagamento diretto nei confronti dei dipendenti. Viene altresì previsto che in tali casi il RUP provveda a denunciare alla D.P.L. al fine di provocare i necessari accertamenti.

È stato altresì ribadito il divieto di appalti a cascata.

2. Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia

L'articolo 106 contiene le principali novità della fase esecutiva dell'appalto e si riferisce alla "*modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*" (questa la rubrica dell'articolo) con cui viene disciplinata la possibilità di intervento sul contratto in fase esecutiva.

Tale disposizione recepisce quanto previsto all'art. 72 della Direttiva 2014/24/UE e all'art. 89 della Direttiva 2014/24/UE.

L'importanza di tale norma rileva non solo per le varianti e per l'adeguamento dei prezzi, ma soprattutto per l'introduzione nell'ordinamento del concetto di "modifica sostanziale", dal quale dipende la legittimità o meno delle modifiche contrattuali.

Si osserva che nel codice - prendendo spunto dall'ambito comunitario -, per stabilire se ci si trovi di fronte ad una modifica sostanziale, si valutano le conseguenze (di tale modifica) sul principio della libera concorrenza tra gli operatori economici.

Per cui la *ratio* della norma è quella di impedire modifiche che possano costituire un *vulnus* alla concorrenza.

Il primo comma precisa che ogni modifica o variante deve essere autorizzata dal RUP. Di seguito, al medesimo comma vengono individuate tassative fattispecie cd. *qualitative* in presenza delle quali è consentito modificare il contratto senza una nuova procedura di affidamento, e segnatamente:

- a) modifiche che possono avere ad oggetto clausole di revisione dei prezzi, adeguatamente pubblicizzate "nei documenti di gara iniziali", purché non alterino "la natura generale del contratto";

- b) per i lavori e i servizi o forniture supplementari non inclusi nell'appalto iniziali, quando il mutamento del contraente risulti impraticabile: 1) per motivi economici o tecnici; o 2) perché comporta per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi;
- c) nel caso di varianti in corso d'opera (imprevedibili ed impreviste) non in grado di alterare la natura del contratto e allorquando l'aumento non sia superiore al 50% del valore iniziale;
- d) nel caso di mutamento dell'appaltatore nei casi previsti dal codice degli appalti;
- e) nel caso in cui non si è in presenza di modifiche sostanziali.

Il secondo comma prevede fattispecie tassative, di natura *quantitativa*, che comportano la possibilità di modificare il contratto, tra cui rientra l'errore progettuale.

Fulcro dell'articolo è il quarto comma, che definisce il concetto di "modifica sostanziale", come quella in grado di alterare in maniera considerevole gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti.

In tale ottica sono state codificate le fattispecie che configurano un'inammissibile modifica e segnatamente:

- (I) la modifica - se inizialmente introdotta nella procedura - avrebbe consentito la partecipazione di altri candidati o l'accettazione di un'offerta diversa;
- (II) la modifica muta l'equilibrio del contratto in favore dell'aggiudicatario in maniera non prevista nel contratto;
- (III) la modifica dilata l'ambito di applicazione del contratto;
- (IV) in caso di sostituzione del contraente al di fuori dei casi previsti dal comma 1, lett d).

Per quanto concerne le modalità operative, è fatto obbligo alla stazione appaltante - nel caso di modifiche di cui al comma 1, lett. b) - di comunicare tali modifiche entro trenta giorni all'ANAC (che provvede alla pubblicità sul proprio sito istituzionale). In caso di mancato adempimento di tale obbligo è previsto una regime sanzionatorio economico nei confronti della stazione appaltante.

Analogo incumbente è previsto anche per le varianti in corso d'opera:

- nel caso di contratti cd. sotto soglia le varianti *de quibus* sono comunicate dal RUP all'Osservatorio dei Contratti Pubblici sempre nel termine di trenta giorni;
- nel caso di contratti sopra soglia le varianti - superiori al 10% dell'importo originario del contratto - sono comunicate dal RUP all'ANAC entro trenta giorni; laddove quest'ultima accerti l'illegittimità esercita i poteri riconosciuti dall'art. 213.

3. Sintesi del contenuto delle disposizioni in tema di esecuzione

Con riferimento alle singole disposizioni che disciplinano l'esecuzione dell'appalto, le stesse possono così di seguito essere sintetizzate.

L'art. 100 prevede la facoltà delle stazioni appaltanti di pretendere condizioni particolari (in merito all'esecuzione dell'appalto): dette condizioni possono attenersi a esigenze ambientali e sociali.

L'art. 101 si occupa di definire i principali "soggetti delle stazioni appaltanti" che si occupano della fase esecutiva del contratto di appalto e segnatamente: i) Il Responsabile Unico del Procedimento (RUP), ii) il Direttore dei Lavori (DL) e iii) i suoi coadiutori, iv) il Direttore Operativo e v) l'Ispettore di Cantiere, vi) il Coordinatore per la Sicurezza in fase di Esecuzione (CSE).

Facoltativa è l'istituzione dell'ufficio di direzione dei lavori.

Dall'art. 102 si evince la centralità (anche nella fase esecutiva) del RUP che "*controlla l'esecuzione del contratto, congiuntamente al Direttore dell'Esecuzione*".

L'art. 103 disciplina le garanzie per l'esecuzione dell'appalto (cosiddetta garanzia definitiva), che devono ovviamente essere rilasciate dall'appaltatore.

L'impianto normativo deriva dalla precedente legislazione (art. 113, codice del 2006); tuttavia, sono state introdotte alcune novità.

In proposito, l'importo della garanzia è indicato nella misura (massima) del 10% dell'importo contrattuale nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza.

Nel caso in cui venga meno la garanzia, la stazione appaltante può pretendere la sua reintegrazione e, per il caso di mancata ottemperanza, la garanzia verrà reintegrata sui ratei da corrispondere all'esecutore.

Vi è poi una novità con riferimento all'ipotesi di esonero dalla prestazione della garanzia, che dovrà essere motivata e subordinata al miglioramento del prezzo di aggiudicazione.

Il successivo art. 104 ridisegna il sistema delle garanzie, introducendo una doppia garanzia, una cd. di "buon adempimento" ed un'altra cd. "garanzia per la risoluzione" per assicurare la conclusione dell'opera in ipotesi di risoluzione.

L'articolo 107 disciplina la sospensione lavori, mutuando le disposizioni dalla disciplina di cui al regolamento del D.P.R. 207/2010.

Interessanti novità sono contenute nell'art. 108 in materia di risoluzione. In particolare, sono previste delle fattispecie i) in cui è rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante se procedere o meno alla risoluzione del contratto, ed altre ii) in cui la risoluzione del contratto è necessitata.

L'articolo 109 nel disciplinare il recesso da parte della stazione appaltante ripropone le

disposizioni contenute nell'articolo 134 del d.lgs. 163/2006.

L'articolo 110 si riferisce alle procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore, nonché di risoluzione del contratto, e alle misure straordinarie gestione cui al d.l. 90/2014. Contiene alcune novità tra cui, in materia di scorrimento per interpello e concorrenti graduati, l'eliminazione del tetto massimo di 5 concorrenti.

Interessante previsione è quella che disciplina la materia fallimentare, che in passato aveva dato più di qualche incertezza agli interpreti: in proposito nel codice è previsto che in caso di fallimento il curatore fallimentare, se autorizzato all'esercizio provvisorio, possa partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori forniture e servizi ovvero essere affidatari e subappalto, nonché eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita.

L'articolo 111 disciplina il controllo tecnico, contabile e amministrativo e va coordinato con l'articolo 101 del codice, che prevede le diverse figure della stazione appaltante che devono occuparsi dell'appalto.

L'articolo 112 (appalti e concessioni riservati) deroga alle regole di affidamento per garantire una concreta ed effettiva politica sociale europea in favore dei soggetti più deboli.

L'ultimo articolo del Titolo V si occupa degli incentivi per le funzioni tecniche, tema già disciplinato da alcune disposizioni dell'art. 93 del previgente codice, così come aggiunte dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, di conversione del d.l. 90.



1. I ricorsi giurisdizionali.

La riforma dell'art. 120 del Codice del Processo amministrativo

L'art. 204 del codice degli appalti e delle concessioni del 2016 riforma l'art. 120 per rimediare e contenere al proliferare di controversie del contenzioso amministrativo in materia. A tale scopo è stato introdotto il comma 2 bis all'art. 120, che prevede un'azione anticipata e in prevenzione all'uopo stabilendo che *“il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione di requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 9, comma, 1...”*.

Strettamente correlata è la seconda parte del comma 2 bis, secondo cui *“l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”*.

Corollario di tale nuova disciplina è: (i) il brevissimo termine per proporre impugnazione (trenta giorni), (ii) la decorrenza di tale termine dal giorno della pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante, (iii) la preclusione della facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura.

Il fine perseguito dal legislatore è quello di imporre immediata impugnazione degli atti riguardanti la verifica dei requisiti di partecipazione, secondo un rito velocissimo cd. “superspeciale” (così definito dal Consiglio di Stato, Commissione Speciale, nel Parere n. 855 del 1 aprile 2016), e sembra dettato dall'esigenza di assicurare la massima certezza in ordine alla definizione dei soggetti ammessi alla procedura selettiva, prima dello svolgimento della fase di valutazione delle offerte.

Tuttavia, i primi commentatori nutrono perplessità sul pieno raggiungimento dello scopo deflattivo, che potrà conseguirsi in pochi casi:

- numero limitato di partecipanti alla procedura;
- un congruo lasso di tempo tra la verifica dei requisiti di partecipazione e la fase di valutazione delle offerte;
- un'approfondita attività di controllo delle stazioni appaltanti sulle offerte anche con l'utilizzo dei principi del soccorso istruttorio.

In disparte il rilievo sulla compressione del diritto di difesa che scaturisce dalla riforma ed il rischio di giudizi sommari.

2. Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale

Il nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione disciplina le forme di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) recuperando e rinnovando la disciplina in materia di risoluzione delle controversie alternativa alla tutela giurisdizionale, in parte già regolamentata dalla parte IV del d.lgs. 163/2006, dando così attuazione al criterio direttivo di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a) della legge n. 11/2016 (legge delega), che come noto ha previsto tra l'altro la realizzazione di soluzioni alternative alla giurisdizione anche in materia di esecuzione del contratto, con l'intento deflattivo del contenzioso amministrativo.

Tra le soluzioni per la definizione delle controversie alternative alla tutela giurisdizionale nel nuovo codice sono ricompresi: l'accordo bonario, il collegio consultivo tecnico, la transazione, l'arbitrato, la Camera arbitrale dell'ANAC e, soprattutto, il parere di precontenzioso dell'ANAC.

Di seguito le novità di maggior rilievo.

3. L'accordo bonario per i lavori - per i servizi e le forniture

Con riferimento alla disciplina relativa all'accordo bonario l'art. 205 fornisce uno strumento per il superamento in via bonaria di contrasti insorti in fase di esecuzione.

Presupposto per l'avvio di tale procedura è l'iscrizione da parte dell'appaltatore sui documenti contabili di riserve per un importo compreso tra il 5% e il 15% del prezzo iniziale. Rispetto al passato, da un lato è stata posta un tetto massimo (15%) del valore per ricorrere all'accordo bonario, e dall'altro è stato diminuito al 5% il valore delle riserve per accedere a tale procedura.

Il RUP, preliminarmente all'attivazione della procedura, può valutare "*l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza*" delle riserve ai fini del raggiungimento della soglia critica. Il RUP ed il soggetto che ha formulato la riserva la nominano un esperto incaricato della formulazione di una proposta motivata di accordo bonario.

A norma dell'art. 206 le disposizioni sull'accordo bonario si applicano "*in quanto compatibili anche ai contratti di fornitura di natura continuativa periodica, e di servizi, quando insorgano controversia in fase esecutiva degli stessi*".

4. Il Collegio consultivo tecnico

Assolutamente inedito del codice degli appalti è l'istituto del Collegio consultivo tecnico. Trattasi di un A.D.R. con cui le parti possono attribuire ad un collegio costituito da membri scelti di comune accordo funzione di prevenzione delle controversie e di assistenza per una loro rapida risoluzione.

Il collegio di tre membri, la cui nomina deve essere condivisa dalle parti, deve essere istituito entro novanta giorni dall'avvio dell'esecuzione del contratto.

In caso di controversia il collegio, sentite le parti e all'esito di una breve istruttoria, formula alle stesse una proposta (non vincolante), che se accolta dalle medesime ha il valore di atto transattivo.

5. Parere di precontenzioso dell'ANAC

L'articolo 211 del nuovo codice - nel tentativo di consolidare il ruolo dell'ANAC - fornisce un ulteriore strumento di risoluzione delle controversie alternativo a quello giurisdizionale, mediante l'emissione di pareri (eventualmente vincolanti per le parti che abbiano prestato consenso in tal senso) nelle fase precontenziosa ad istanza della stazione appaltante o delle altre parti, nonché *motu proprio*, nell'esercizio delle funzioni demandate.

Rispetto al passato l'ANAC può emettere degli atti di raccomandazione con effetti sospensivi sulle procedure di gara.

Alcune perplessità sono sorte da parte dei primi commentatori in ordine all'operatività dell'istituto, laddove nello svolgimento della procedura di gara le imprese concorrenti potrebbero in maniera strumentale e dilatoria far ricorso alle funzioni di "pre-contenzioso" di ANAC.

Sotto altro profilo potrebbe accadere che l'ANAC venga chiamata a rendere parere di precontenzioso in fattispecie in cui la medesima sia chiamata ad intervenire, ad altro titolo, nell'ambito della medesima procedura.

Infine, in caso di mancato adeguamento *"della stazione appaltante alla Raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00 posta a carico del dirigente responsabile"*.

Avverso i pareri

e le raccomandazioni dell'Autorità è proponibile ricorso ai sensi dell'art. 120 del C.P.A.

Al fine di ricevere lumi sull'implementazione di tale istituto sarà necessario, in ogni caso, attendere l'emanazione delle linee guida e delle determinazioni da parte dell'ANAC.





Via Lucania, 13 – 00187 Roma
Tel. 06.42014405 – Fax 06.49388119
info@federsicurezza.it

Seguici su:
www.federsicurezza.it

