

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. N. 50/2016), DOPO IL DECRETO CORRETTIVO (D.LGS. 56/2017)

Centro Studi Marangoni
Milano, 31 maggio 2017

Struttura e portata del correttivo

- Correttivo unico: esigenze di **stabilizzazione** della normativa VS rischio proliferazione **successivi interventi disorganici**;
- Termine breve: **1 anno** per l'esercizio della delega (attuazione Codice ancora largamente incompleta);
- **oltre 130 articoli**;
- razionalizzazione di alcuni aspetti del nuovo Codice, **senza stravolgimenti**.

Iter di approvazione

- Deliberazione C.d.M. del 23 febbraio 2017;
- Parere Conferenza Unificata del 30 marzo 2017;
- Parere del Consiglio di Stato del 31 marzo 2017;
- Parere delle competenti commissioni di Camera e Senato;
- Deliberazione C.d.M. di adozione del 13 aprile 2017;
- Pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del 5 maggio 2017;
- Entrata in vigore dopo 15 giorni: 20 maggio 2017.

Tipologia degli interventi correttivi

- Eliminazione refusi ed errori materiali;
- Coordinamento con altre disposizioni “esterne” al Codice;
- Rimozione errori di recepimento delle Direttive UE e della legge delega;
- Rimedio a difficoltà insorte in fase di prima applicazione.

Principali innovazioni

- Affidamenti sotto soglia, specialmente sotto l'importo di € 40.000,00;
- Rating di impresa;
- Appalto integrato;
- Motivi di esclusione;

Principali innovazioni (segue)

- Soccorso istruttorio;
- Avvalimento;
- Criteri di aggiudicazione;
- Anomalia delle offerte;
- Subappalto.

Principali innovazioni (segue)

- Poteri ANAC;
- Costo del lavoro;
- Aspetti legati alla fase esecutiva (modifica di contratti durante il periodo di efficacia, termine emissione certificati di pagamento, accordo bonario);
- Concessioni e PPP

Trasparenza e accesso agli atti (art. 29)

- Introduzione obbligo pubblicazione atti relativi alla *«composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti»*: NO impugnazione immediata (principi giurisprudenziali acquisiti);
- Entro due giorni: pubblicazione ammessi ed esclusi + comunicazione individuale (modalità), con **indicazione dell'ufficio o del collegamento informatico tramite il quale accedere agli atti**;
- Gli atti recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente.

Trasparenza e accesso agli atti (art. 29)

- I termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente.
- Termine ex art. 120, comma 2-bis decorre dal momento in cui **gli atti sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione.**
- Anche in assenza di pubblicazione sulla sezione del sito “Amministrazione trasparente” dell’Ente, il termine decorre in caso di “piena conoscenza” (T.A.R. Toscana, 18 aprile 2017, n. 582);

Appalto-integrato

- Art. 59, co. 1: è vietato l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, ad esclusione dei casi di:
 - **affidamento a contraente generale** (realizza solo il progetto esecutivo);
 - **finanza di progetto** (in gara sia progetto definitivo che esecutivo);
 - **affidamento in concessione** (in gara progetto definitivo ed esecutivo; cfr. art. 3, lett. uu);
 - **partenariato pubblico-privato** (in gara tutti i livelli di progett.);
 - **contratto di disponibilità** (?; cfr. art. 183, co. 3 e art. 180, co. 1).

Appalto-integrato (segue)

- il divieto **non** opera nei **settori speciali** (cfr. Linee guida ANAC n. 1/2016, par 5.2);
- **Opere di urbanizzazione a scomputo**, totale o parziale, del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire (progetto definitivo acquisito in sede di offerta: in gara progettazione esecutiva ed esecuzione; cfr. art. 1, co. 2, lett. e).

Appalto integrato: nuove ipotesi previste dal correttivo

- locazione finanziaria;
- il divieto non opera se i **progetti preliminari o definitivi** risultino **approvati alla data di entrata in vigore del Codice**: 19 aprile 2016 (art. 216, co. 4*bis*);
- affidamento anche della **progettazione esecutiva** se: 1) **l'elemento tecnologico o innovativo delle opere** sia **nettamente prevalente** rispetto all'importo complessivo dei lavori; 2) partenariato per l'innovazione o dialogo competitivo: **ipotesi stralciata**; 3) urgenza qualificata, con obbligo di avvio lavori entro 30 giorni dall'affidamento: **ipotesi stralciata**.

Commissione giudicatrice (artt. 77-78)

- Situazione invariata, sino al termine del regime transitorio;
- nomina di **alcuni componenti interni, escluso il Presidente**, per appalti: 1) di servizi e fornitura sotto-soglia o di lavori sotto 1 milione di euro; 2) che non presentano particolare complessità (es. procedure mediante piattaforme telematiche); 3) di elevato contenuto scientifico e tecnologico (R&S)

Commissione giudicatrice (art. 77-78)

- Ruolo del RUP: incompatibilità da valutare **caso per caso** (contrasto giurisprudenziale);
- T.A.R. Brescia, 19 dicembre 2016, n. 1757; *contra* T.A.R. Lazio, 23 maggio 2017, n. 315; cfr. Linee-guida RUP);
- Integrazione Linee-guida: modalità funzionamento commissione (seduta pubblica / riservata, ecc. – art. 78, co. 1-*bis*)

Poteri ANAC (art. 211, co. 2, del Codice)

- Raccomandazioni ... vincolanti;
- **Quando può/deve agire ANAC?** «*Nell'esercizio delle proprie funzioni...*»: a) d'ufficio, sulla base delle indicazioni programmatiche del Presidente dell'Autorità; b) su segnalazione, non anonima (cfr. Regolamento ANAC del 15 febbraio 2017);
- Rapporto con il precontenzioso o con un giudizio pendente: **sospensione** procedimento

Raccomandazioni vincolanti (art. 211, co. 2, del Codice)

- L'ANAC invita la s.a. ad agire in **autotutela**: si applicano i limiti dell'autotutela? 1) ponderazione di interessi; 2) termine di 18 mesi;
- In caso di **mancato adeguamento** della s.a., sanzioni da € 250 a € 25.000 al dirigente responsabile;

Poteri ANAC (segue)

- Il correttivo elimina l'istituto delle raccomandazioni vincolanti;
- Il CDS, nel suo parere, aveva proposto meccanismo di impugnazione diretta del provvedimento illegittimo, in gravi casi, da parte dell'ANAC;
- Il Governo si sta muovendo in tale direzione.

Requisiti generali – art. 80

- Causa di esclusione per **condanna definitiva**:
 - Ambito oggettivo: tassatività reati, non più ogni reato grave incidente sulla moralità professionale;
 - catalogo di singoli reati;
 - ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità a contrattare con la p.a. (ragioni di coordinamento);
 - l'art. 32-*quater*, c.p., indica più titoli di reato a cui consegue l'incapacità a contrattare con la p.a.

Requisiti generali (art. 80)

- Applicazione obbligatoria dell'art. 80 anche per gli **enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici**, nei settori speciali (art. 136, co. 1);
- Introduzione del reato di false comunicazioni sociali nel catalogo di cui all'art. 80, co. 1 (ancora esclusi reati “sensibili”, tributari e fallimentari);
- Tendenza: sanzionare tali fattispecie come gravi illeciti professionali ex art. 80, co. 5 (anche sentenza non definitiva)

Requisiti generali – art. 80 (segue)

- Estensione **ambito soggettivo**: per le società di capitali, oltre ai membri del c.d.a. dotati di legale rappresentanza e ai soci di maggioranza in società con meno di 4 soci, anche gli **institori, i procuratori generali, i membri degli organi con poteri di direzione o vigilanza, i soggetti muniti di potere di rappresentanza, direzione o controllo**;
- Secondo Ad. Plen., solamente i soggetti dotati di “*poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti a una pluralità di oggetti*”; ora la norma non distingue: quindi tutti i procuratori *ad negotia*? Caso dell’acquisizione di aziende o rami aziendali (v. doc. 3)
- Dichiarazione cumulativa: OK, Ad. Plen. 16/2014 (doc. 2)

Requisiti generali – art. 80 (segue)

- Obbligo dichiarativo anche con riferimento ai **subappaltatori**, nei casi in cui sia obbligatorio indicare la terna di subappaltatori;
- Indicazione terna sub-appaltatori obbligatoria sopra-soglia, eccetto opere specialistiche, ovvero se richiesta dal bando (art. 105, co. 6);
- Il concorrente deve dimostrare l'assenza di motivi di esclusione in capo ai subappaltatori (art. 105, co. 4, lett. c);
- ≠ avvalimento (art. 89, co. 3) ➡ contrasto art. 71, par. 6, lett. b), Direttiva 2014/24/UE

Requisiti generali – art. 80 (segue)

- Ambito temporale: 5 anni, se la sentenza non fissa la durata dell'incapacità a contrattare, salvo che la pena principale sia di durata inferiore o sia intervenuta nelle more la riabilitazione (co. 10);
- **Self-cleaning:** Se pena < 18 mesi ovvero se riconosciuta l'attenuante della collaborazione: NO ESCLUSIONE a condizione che vi sia stato integrale risarcimento + prova adozione idonee misure di prevenzione;

Correttivo: ulteriori cause di esclusione – art. 80 (segue)

- False dichiarazioni in gara (lacuna colmata);
- Iscrizione nel casellario ANAC per falsa dichiarazione e/o presentazione di falsa documentazione (divieto di partecipazione, finché dura l'iscrizione);
- Interdittive antimafia: obbligo di dichiarare l'assenza di interdittive in capo a tutti i soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni sui precedenti penali.

Requisiti generali (art. 80) altri motivi di esclusione

- Violazioni ex art. 80, co. 4 e 5: obblighi tributari e contributivi + illeciti professionali;
- Esclusione: 3 anni dalla data del fatto (mancata specificazione = rifiuto, violazione direttive, v. art. 57, co. 7);
- Correttivo: 3 anni dall'accertamento definitivo dell'evento, salvo che sia intervenuta sentenza di condanna (in tal caso, dalla pubblicazione della sentenza, anche se non definitiva)

Avvalimento – art. 89

- Specificazione dei requisiti forniti e delle risorse, **a pena di nullità**;
- Fino all'adozione delle linee-guida ANAC per i lavori (art. 83, co. 2), si applica il D.P.R. 207/2010, come interpretato da Cons. Stato, Ad. Plen. n. 23/2016 (superata?);
- In caso di accertate elusioni in sede di esecuzione (utilizzo di risorse proprie, anziché dell'ausiliaria), **risoluzione del contratto**;
- Avvalimento non ammesso *tout court* se nell'oggetto dell'appalto rientrano opere per cui sono necessari lavori o componenti altamente tecnologici o tecnicamente complessi

Soccorso istruttorio (art. 83, co. 9)

- Sanabile qualsiasi carenza (mancanza, incompletezza, irregolarità essenziale) relativa a “elementi formali della domanda” e al “DGUE”;
- Non sanabili le carenze afferenti al contenuto intrinseco dell’offerta tecnica ed economica o le irregolarità che incidono sulla segretezza dell’offerta;
- Problemi: a) sottoscrizione offerta?; b) chiarimenti tecnici richiesti dalla Commissione di gara?

Soccorso istruttorio (segue)

- **Irregolarità essenziali** = non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della dichiarazione (cfr. Determinazione ANAC n. 1/2015;
- **Irregolarità essenziali “non sanabili”** = 1) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta; 2) non integrità del plico, ecc.
- **Irregolarità formali** o mancanza/incompletezza di dichiarazioni **non essenziali**: info o documenti non indispensabili, ma utili alla stazione appaltante

Soccorso istruttorio (segue)

- Novità apportate dal **correttivo**;
 - 1) esclusione solo per mancata integrazione di carenze essenziali sanabili (prima anche nei casi di mancata integrazione di irregolarità formali o di carenze relative a dichiarazioni non essenziali, la s.a. era tenuta a escludere);
 - 2) abolizione sanzione, per incostituzionalità (contrasto con lett. z) della L. delega (“*possibilità di integrazione documentale non onerosa*”) e dubbia compatibilità con i principi euro-unitari: cfr. : sorte delle sanzioni già applicate e contestate?

Soccorso istruttorio (segue)

- Casistica giurisprudenziale:
 - 1) Mancata prestazione di garanzia fideiussoria in vista dell'esecuzione: soccorso istruttorio escluso (T.A.R. Sardegna, 21 aprile 2017, n. 275; T.A.R. Lazio, 18 gennaio 2017, n. 878);
 - 2) Carenze dell'offerta tecnica (T.A.R. Liguria, 27 febbraio 2017, n. 145); ma v. parere CDS sulla bozza del nuovo Codice circa l'ammissibilità di richieste di chiarimenti da parte della Commissione di gara;
 - 3) Mancata allegazione del cronoprogramma: non emendabile (T.A.R. Napoli, 20 febbraio 2017, n. 1020).