

Newsletter* 3/2017

IN EVIDENZA

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo n. 50 del 2016, recante codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

SOMMARIO

- A) LA MODIFICA DELL'ARTICOLO 80
- B) LE OFFERTE ANORMALMENTE BASSE
- C) GLI INTERVENTI IN MATERIA DI PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO
- D) LE NOVITA' IN MATERIA CONCESSIONI AUTOSTRADALI

A) LA MODIFICA DELL'ARTICOLO 80

Le previsioni dell'articolo 80 del Codice - già non di facile lettura - sono state integrate dal Correttivo (Art. 49) che ha provveduto ad ampliare, non solo le ipotesi di esclusione obbligatoria dalle procedure ad evidenza pubblica, ma anche l'ambito dei soggetti nei cui confronti operano le cause di esclusione.

D) In particolare, il Correttivo ha introdotto all'art. 80, del Codice:

a) (cfr. Art. 49, comma 1 lett. a) del Correttivo), la lettera "b - bis" che prevede l'esclusione obbligatoria dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica in caso di condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del Codice di procedura penale per il reato di "false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile";

b) (cfr. Art. 49, comma 1, lett. e) del Correttivo): le "nuove" lettere "f-bis" ed "f-ter" che prevedono l'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica nelle seguenti ipotesi:

- (lett. f-bis) "l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere";

- (lett. f-ter): "l'operatore economico (risulti) iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. Il motivo

di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico".

II) Il legislatore delegato è intervenuto altresì sul comma 3 dell'articolo 80 del Codice, andando ad estendere la platea dei soggetti che devono essere esclusi in caso di condanna per uno dei reati stabiliti al comma 1.

A tal riguardo, infatti, l'art. 49, comma 1, lett. c) del Correttivo ha previsto l'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 80 del Codice nelle società diverse dall'impresa individuale, in accomandita, o in nome collettivo:

- non solo da parte dei "membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci";

- ma anche da parte degli "institori e dei procuratori generali, dei membri degli organi con poteri".

Tale modifica appare di notevole rilevanza perché risolve – in un'ottica di una maggiore tutela della trasparenza, ma anche di una riduzione del contenzioso – una diatriba giurisprudenziale che aveva interessato, nella vigenza delle previsioni del vecchio Codice (cfr. art. 38 del D.lgs. 163/2006), l'applicabilità o meno degli obblighi dichiarativi in questione alle figure dei procuratori e degli institori.

A tal riguardo, in particolare, si erano formati due orientamenti giurisprudenziali opposti:

a) il primo, più fedele al dato letterale della norma (che menzionava esclusivamente gli "amministratori muniti di poteri di rappresentanza"), limitava gli obblighi dichiarativi solamente agli amministratori dotati del potere di rappresentanza (escludendo, quindi, il procuratore e l'institore).

Questa tesi evitava che l'obbligo della dichiarazione potesse dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore (cfr. ex multis: Cons. Stato Sez. V, 10 gennaio 2013 n. 95; Cons. Stato Sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1186; T.A.R. Basilicata, I, 22 aprile 2009, n. 131; T.A.R. Liguria, II, 11 luglio 2008, n. 1485);

b) un secondo indirizzo che superava il dato formale dell'art. 38 ed estendeva l'obbligo dichiarativo in questione anche a quei soggetti che, pur non essendo formalmente qualificati come "amministratori con rappresentanza", avevano comunque poteri decisionali e di rappresentanza dell'impresa.

Questa tesi, pur assegnando un'area di discrezionalità valutativa alla stazione appaltante in ordine alla selezione delle posizioni per le quali era necessario l'obbligo dichiarativo in questione, (cfr. ex multis. Cons. di Stato, sez. V, n. 2715/2014; Cons. Stato, sez. III, 1 luglio 2013, n. 3544; Cons. Stato, sez. III, 20 novembre 2012, n. 5872;

Consiglio di Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 134), era stata comunque la tesi prescelta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. sentenza n. 23/2013).

III) Da ultimo, con specifico riferimento alle correzioni apportate all'articolo 80 del Codice, è interessante notare come il Correttivo sia stato modificato rispetto alla versione originariamente predisposta dal Governo in relazione alla esclusione dell'operatore economico in caso di carenza dei requisiti morali in capo al subappaltatore. Questo meccanismo di esclusione, contenuto all'alinea del comma 1 dell'art. 80 del Codice, era stato inizialmente soppresso dalla prima versione del Correttivo, in quanto si presentava come ipotesi eccessivamente onerosa per l'operatore economico.

Al contrario, la versione definitivamente approvata il 13 aprile 2017 dal Consiglio dei Ministri dell'art. 49 del Correttivo non menziona più la soppressione del suesposto meccanismo di esclusione, il quale, pertanto, risulta essere ancora in vigore.

B) LE OFFERTE ANORMALMENTE BASSE

La disciplina delle offerte anomale risulta notevolmente modificata dal legislatore delegato in parziale accoglimento di quanto espresso in materia dal Consiglio di Stato nel Parere.

In particolare, l'art. 62 del Correttivo ha modificato:

I) (cfr. Art. 62, comma 1, lett. a) del Correttivo): le lettere a), b), c), d) ed e) del comma 2 dell'articolo 97 del Codice, disciplinante i criteri a disposizione della stazione appaltante per determinare la soglia di anomalia. Tali modifiche sono apparse una diretta conseguenza delle numerose difficoltà applicative dei predetti criteri di calcolo, evidenziate altresì da una comunicazione del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) del 5 ottobre 2016.

II) (cfr. Art. 62, comma 1, lett. d) del Correttivo): il comma 8 dell'art. 97 del Codice, introducendo ex novo l'ipotesi speciale di esclusione automatica di seguito riportata: "Per i lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro l'esclusione automatica con individuazione della soglia di anomalia ai sensi del comma 2 è sempre utilizzata dalla stazione appaltante se l'appalto non presenta carattere transfrontaliero. Comunque l'esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci."

Tale ipotesi di esclusione è rimasta nella versione definitiva del Correttivo, malgrado le numerose critiche mosse da parte del Consiglio di Stato nel Parere. Il Supremo Consesso, infatti, richiamando alcune pronunce della Corte di Giustizia (Cfr. CGUE, IV, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06), si era espresso sulla necessità di rivedere l'integrazione in esame poiché derogatoria alla regola generale per la quale le ipotesi di esclusione automatica dell'operatore economico devono essere "un'eccezione alla regola che impone la verifica in contraddittorio della congruità delle offerte sospette".

C) GLI INTERVENTI IN MATERIA DI PARTENARIATO PUBBLICO

PRIVATO

Come noto, il Codice ha normato per la prima volta la ripartizione dei rischi all'interno del partenariato pubblico privato (il "**PPP**"), prevedendo l'obbligatoria allocazione in capo al privato sia del rischio di costruzione, sia del rischio di disponibilità o del rischio di domanda (cfr. art. 180 comma 3 del Codice). Il legislatore delegato ha profondamente modificato tale ripartizione dei rischi, in quanto:

I) (cfr. Art. 107 comma 1 lett. d del Correttivo): ha innalzato dal 30% al 49% dell'investimento complessivo la soglia del contributo pubblico che l'amministrazione aggiudicatrice può concedere all'operatore privato nell'ambito di un PPP (soglia comprendente sia "l'eventuale riconoscimento di un prezzo", sia il valore di "eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento").

Tale modifica era stata oggetto di forti critiche da parte del Consiglio di Stato nel Parere in quanto una soglia così elevata di "partecipazione pubblica" al PPP:

- non solo appare in palese controtendenza con i criteri di ripartizione del rischio che caratterizzano l'essenza stessa del PPP;

- ma, soprattutto, rischia di porre nel nulla il tentativo della riforma di assicurare (attraverso una determinazione quantitativa del concetto di rischio operativo, ampiamente descritta dalla direttiva 2014/23/UE) autonoma dignità normativa al PPP stesso.

Tali critiche tuttavia non sono state recepite nella versione definitiva del Correttivo.

II) (cfr. Art. 107 comma 1 lett. a) del Correttivo): ha eliminato l'ultimo periodo del comma 1 dell'articolo 180 del Codice, il quale sanciva che "Il contratto (di PPP) può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi".

La *ratio* di tale limitazione relativa all'oggetto del PPP mal si comprende, soprattutto se letta in combinato disposto con la successiva previsione del Correttivo (Art. 107, comma 1 lett. b) del Correttivo) che, integrando il comma 2 dell'art. 180 del Codice estende – di contro – l'ambito applicativo del PPP, disponendo che tale tipologia contrattuale "può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica".

D) LE NOVITA' IN MATERIA CONCESSIONI AUTOSTRADALI

Il Correttivo ha innovato anche la disciplina delle concessioni autostradali, contenuta nell'art. 178 del Codice:

I) in primo luogo, il legislatore delegato (seguendo le perplessità evidenziate sull'argomento dal Consiglio di Stato nel Parere) è intervenuto ad eliminare il comma

6 bis dell'articolo 178 del Codice, originariamente contenuto nello schema di decreto correttivo che prevedeva la possibilità di concludere accordi aggiuntivi finalizzati "a garantire o elevare gli standard di sicurezza degli utenti"; nella sostanza, tali accordi avrebbero consentito una proroga dei contratti di concessione in essere in contrasto con il principio della tutela della concorrenza;

II) in secondo luogo, il legislatore delegato ha introdotto (cfr. Art. 105, comma 1, lett. f) del Correttivo) due nuovi commi all'art. 178 del Codice:

a) il comma "8 bis", contenente l'espresso divieto per le amministrazioni aggiudicatrici di procedere agli affidamenti di concessioni autostradali scadute o in scadenza ricorrendo all'istituto della finanza di progetto (affidamento in precedenza possibile, atteso il vuoto normativo al riguardo). Tale divieto, tuttavia, appare in palese contrasto con la necessità di aprire il settore degli investimenti infrastrutturali alla finanza privata;

b) il comma "8-ter", che consente che "Le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite. A tal fine il controllo analogo di cui all'articolo 5 sulla predetta società in house può essere esercitato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che eserciti sulla società in house i poteri di cui al citato articolo 5."

La disposizione in commento, prevedendo espressamente la possibilità di affidare direttamente concessioni autostradali a società in house, rispecchia il c.d. principio di autoproduzione in base al quale, le pubbliche amministrazioni, sono libere (i) di agire in outsourcing (e quindi rivolgersi al mercato) oppure, (ii) di fornire con i mezzi di cui dispongono i beni ed i servizi che sono tenute ad erogare.

NOVITA' GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO

- TAR Reggio Calabria ord. cautelare 26 aprile 2017 n. 69 e TAR Catanzaro 26 aprile 2017 n. 679, *su irregolarità sanabili degli atti non trasmessi secondo regole PAT e ammissibilità doppio originale cartaceo e digitale*;
- Cons. Stato, Sez. III, 18.04.2017 n. 1809, *sull'onere di impugnazione delle clausole del bando di gara*;
- TAR Toscana, Sez. I, 18.04.2017 n. 582, *sulla decorrenza del termine per impugnare l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario*;
- Cass., Sez I, 17.01.2017, n. 973, *sulle conseguenze in tema di fallimento della capogruppo mandataria*;

- TAR Liguria, Sez. II, ordinanza del 29.3.2017, n. 263, *sul coordinamento delle disposizioni in materia di appalti pubblici*;

TAR Reggio Calabria ord. cautelare 26 aprile 2017 n. 69

Dopo l'entrata in vigore del processo amministrativo telematico (1° gennaio 2017), la formazione, notificazione e deposito, in formato cartaceo, degli atti di parte (nonché degli atti del giudice e dei suoi ausiliari), con la conseguente mancanza di sottoscrizione digitale, non danno luogo a inesistenza, abnormità o nullità dei menzionati atti ma solo ad una situazione di irregolarità, regolarizzabile, su ordine del Collegio, nel termine perentorio fissato. Nelle more della regolarizzazione ha deciso l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento impugnato.

TAR Catanzaro 26 aprile 2017 n. 679

Dopo l'entrata in vigore del PAT è ammissibile il ricorso redatto in doppio originale, uno in formato cartaceo e fisicamente sottoscritto dai difensori e un secondo in formato informatico munito della firma digitale (questo secondo depositato nei termini).

Consiglio di Stato, Sez. III, 18.04.2017 n. 1809

Con la pronuncia in oggetto il Consiglio di Stato ha chiarito che l'onere di impugnare le clausole della *lex specialis* di gara non può essere limitato a quelle clausole cd. "escludenti" – che attengono ai requisiti soggettivi di partecipazione – ma deve ritenersi esteso anche alle previsioni concernenti la formulazione tecnica ed economica delle offerte qualora la relativa formulazione renda "*(realmente) impossibile la presentazione di una offerta (ex plurimis, Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180)*".

Con tale sentenza il Consiglio di Stato ha confermato e "sistematizzato" la precedente giurisprudenza sul punto, enucleando quelle categorie di clausole della legge di gara che devono essere oggetto di impugnazione diretta:

- a) le prescrizioni di oneri manifestamente incomprensibili e oltremodo sproporzionati rispetto all'oggetto della commessa (Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);
- b) le clausole idonee a rendere "*incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile*" la partecipazione alla procedura concorsuale (Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2003 n. 1);
- c) quelle "*disposizioni abnormi o irragionevoli*" che impediscano il calcolo della convenienza tecnica ed economica della partecipazione o che prevedano abbreviazioni dei termini irragionevoli per la presentazione delle offerte (Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) le prescrizioni pattizie che determinano un'eccessiva onerosità del rapporto convenzionale (Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135);

e) *“l'imposizione di obblighi contra ius (come, ad esempio, la cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto (Cons. St., sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222)”*;

f) le omissioni o le carenze circa l'indicazione dei *“dati essenziali”* necessari per la presentazione dell'offerta o la previsione di formule matematiche erranee;

g) la mancata individuazione dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso (Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

Le restanti categorie di clausole *“devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara”*.

Cass., Sez I, 17.01.2017, n. 973

Con la pronuncia in commento la Cassazione ha affermato che, in ipotesi di contratto d'appalto stipulato da due imprese riunite in associazione temporanea, il fallimento dell'impresa capogruppo, costituita mandataria dell'altra ai sensi dell'art. 23, comma 8, D.Lgs. n. 406 del 1991, determina lo scioglimento del rapporto di mandato, ai sensi dell'art. 78 della legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942), con la conseguenza che l'impresa mandante è legittimata ad agire direttamente nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad essa imputabile.

Del pari, la curatela fallimentare è legittimata a riscuotere dall'Amministrazione il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto solo per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati la cui realizzazione, in base all'accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza.

TAR Toscana, Sez. I, 18/4/2017 n. 582

Il TAR Toscana si è espresso sulla decorrenza del termine per l'impugnazione dell'ammissione alla gara dell'aggiudicatario nel caso in cui la stazione appaltante non abbia pubblicato, sul portale, il provvedimento di ammissione dei concorrenti con le modalità ex art. 29 d.lgs. n. 50/2016.

E' stato osservato, con la sentenza in commento, che la vigenza dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, - recante principi in materia di trasparenza - non comporta motivi per discostarsi, anche nella materia della contrattualistica pubblica, dal consolidato principio per cui in difetto della formale comunicazione dell'atto, nel caso in cui il ricorrente viene ad aver contezza dell'atto prima della sua comunicazione formale, il termine di impugnazione decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto purché siano percepibili quei profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato.

TAR Liguria, Sez. II, 29.3.2017, n. 263

Con l'ordinanza in rassegna, il TAR Liguria ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:

“Se gli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l’art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva n. 89/665 CEE, avente ad oggetto il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un’altissima probabilità di non conseguire l’aggiudicazione”.

* In collaborazione con lo con lo Studio Orrick e lo Studio Cancrini & Partners