

Newsletter* 4/2017

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) LE MODIFICHE AL SUBAPPALTO
- B) LA SOPPRESSIONE DEL POTERE DI RACCOMANDAZIONE ANAC
- C) GLI AFFIDAMENTI DIRETTI

A) LE MODIFICHE AL SUBAPPALTO

L'art. 69, recante "Modifiche all'articolo 105 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", al comma 1 lett. b), ripropone l'originaria nozione dei contratti simili al subappalto, prevedendo che l'art. 105, D.lgs. n. 50/2016 *"al comma 2: 1) il secondo periodo, è sostituito dal seguente: "Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare"*.

Inoltre, l'articolo 69, comma 1, lett. d), del decreto correttivo introduce il divieto di subappalto in favore di imprese che abbiano partecipato alla procedura di gara per l'affidamento dell'appalto. Tale divieto rappresenta una novità assoluta anche rispetto ai regimi precedenti al D.lgs. n. 163/2006.

Invero, già prima della modifica in questione, l'ANAC - sia in via generale, con la determinazione n.1 del 2015, sia con pareri sulla normativa resi alle amministrazioni richiedenti - si era espressa sulla legittimità della previsione del divieto in questione nei bandi di gara. In particolare nel parere AG 9/2014 del 12 marzo 2014, reso alla Prefettura di Lecce, l'ANAC, esprimendosi in merito alla legittimità della clausola contenuta nel protocollo di legalità denominato *"La rete dei responsabili della legalità in materia di appalti pubblici"* (recante, appunto, il divieto di subappalto in favore di imprese che abbiano partecipato alla medesima gara), sulla base di quanto già esposto nella determinazione dell'AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012, aveva affermato che una siffatta clausola dovesse essere applicata *"... nel rispetto del principio di proporzionalità, in un'ottica di contemperamento della necessità di prevenire condotte anticoncorrenziali, anche aventi connotazione mafiosa, con il principio di*

libera organizzazione dei mezzi imprenditoriali”.

Secondo l'ANAC, dunque, si rendeva necessario valutare caso per caso l'effettiva utilità di una siffatta clausola, anche sulla base di indicatori quali il livello di “influenza mafiosa”, viepiù in rapporto al determinato contesto ambientale nonché al particolare segmento merceologico. In sostanza, nel regime precedente all'intervento del correttivo, la previsione del divieto in questione doveva rappresentare il frutto di una valutazione specifica circa il livello di rischio di infiltrazioni mafiose nel mercato di riferimento; proprio in ragione di ciò, la clausola in esame era esclusa da quelle previste nei bandi-tipo di cui all'art. 64, comma 4-*bis* del Codice dei contratti.

In forza delle modifiche apportate dall'art. 69 del decreto correttivo all'intero comma 4 dell'art. 105, D.lgs. n. 50/2016, il divieto in questione viene espressamente codificato, ivi prevedendosi che *“I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:*

a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;

b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;

c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;

d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.”.

Inoltre, tra le novità di maggior rilievo, l'art. 69, comma 1, lett. d) prevede l'eliminazione del riferimento all'espressa previsione in sede di bando di gara della facoltà di subappalto, quale presupposto per l'acquisizione della necessaria autorizzazione da parte della stazione appaltante.

Per il resto, è confermata la soglia limite del 30% sul totale dell'importo contrattuale per l'affidamento in subappalto.

Infine, per i lavori superiori a 5,2 milioni di euro sarà obbligatorio indicare con l'offerta una rosa di tre subappaltatori disponibili e qualificati a eseguire le opere. Infatti, l'art. 69, comma 1 lett. e) dispone che *“il comma 6 è sostituito dal seguente: “6. È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione*

omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80.”.

B) LA SOPPRESSIONE DEL POTERE DI RACCOMANDAZIONE ANAC

È stato abrogato il comma 2 dell'art. 211, il quale consentiva all'Autorità di intervenire direttamente, mediante esercizio di un vasto e penetrante potere di raccomandazione, nei casi in cui venissero riscontrate gravi irregolarità negli atti della procedura di gara.

Va però segnalato che la previsione del correttivo potrebbe non aver chiuso la problematica, atteso che l'abrogazione del comma in riferimento è stata oggetto di un acceso dibattito politico all'esito del quale la Presidenza del Consiglio ha annunciato la proposta di reintroduzione in via parlamentare del comma abrogato.

C) GLI AFFIDAMENTI DIRETTI

Tra le numerose inversioni di tendenza previste dal correttivo al codice appalti, particolarmente significativa è quella relativa all'articolo 36, comma 2, lettera a), in merito all'affidamento diretto.

Secondo quanto previsto dal testo originario del d.lgs. 50/2016, articolo 36, comma 2, lettera a), l'Amministrazione poteva procedere agli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato, o per i lavori in amministrazione diretta.

Solo dopo un anno dalla pubblicazione del nuovo Codice - e solo a seguito dell'emanazione della linea Guida n. 4 - è stato chiarito cosa dovesse effettivamente intendersi per adeguata motivazione. Nel dettaglio, secondo l'ANAC, l'obbligo di adeguata motivazione impone all'amministrazione di specificare adeguatamente - a valle di un sistema comparativo tra due o più candidati - le ragioni a sostegno della scelta operata in favore di un certo operatore economico.

Senonché, il nuovo testo della norma derivante dal correttivo interviene esattamente sui problemi operativi posti dalla combinazione della precedente formulazione e dall'interpretazione rigorosa fornita dall'ANAC.

In particolare, per un verso, viene eliminato il riferimento all'adeguata motivazione e, per l'altro, viene specificato che l'affidamento non deve necessariamente avvenire a valle di una consultazione tra due o più operatori economici.

NOVITA' GIURISPRUDENZIALI

Cons. St., sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, sulla immediata impugnabilità del bando che preveda l'aggiudicazione con il criterio del massimo ribasso.

Il bando di gara, che prevede il sistema di aggiudicazione della gara del massimo ribasso, è immediatamente impugnabile, sussistendo tutti i presupposti per non rinviare all'avvenuta aggiudicazione il ricorso, quali: a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale.

La Sezione ha chiarito espressamente che l'attuale normativa consente di ritenere in parte superato l'arresto della Adunanza plenaria 29 gennaio 2003, n. 1.

Tar Molise 28 aprile 2017 n. 150, sull'onere di impugnazione dell'altrui ammissione alla gara in assenza di pubblicità dei relativi atti.

Secondo la sentenza in commento: *“la nuova regola del consolidamento dell'ammissione che deriva dalla mancata impugnazione tempestiva della stessa trova il proprio bilanciamento nel sistema nella necessaria pubblicità degli atti di gara (cfr. in tal senso Cons. Stato, Ad. Comm. Speciale, Parere, 30 marzo 2017, n. 782), occorrendo che ai candidati sia garantito il pieno e tempestivo accesso alla documentazione, non potendo altrimenti decorrere il termine per impugnare un atto (l'ammissione di un altro operatore) privo di diretta lesività e la cui piena conoscenza postula la verifica dei presupposti su cui si fonda.*

Ciò a differenza di quanto avviene secondo la regola ordinaria in cui la semplice conoscenza del provvedimento giustifica l'immediato decorso del termine di impugnazione, in quanto il destinatario è posto in grado fin da subito di apprezzarne la lesività.

Nel caso di specie, tuttavia, non è eccepito, né tampoco provato che sia avvenuta la prescritta pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, di guisa che diventa tecnicamente ricevibile e ammissibile, sotto il profilo della tempestività, il ricorso che impugni l'atto di ammissione alla gara della ditta aggiudicataria (all'esito della valutazione dei requisiti), unitamente, come nel caso di specie, all'aggiudicazione della medesima, stante la stretta connessione tra i due atti e in applicazione del principio della cumulabilità delle domande, con la conseguenza che il termine di impugnazione decorre dall'aggiudicazione e non dall'ammissione (cfr.: TAR Molise, 30 novembre 2016, n. 499).”

Cons. Stato, Sez. V, 27.4.2017, n. 1955, sull'esclusione dalla gara per precedente risoluzione contrattuale non definitiva.

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato si è pronunciato in ordine alla portata della causa escludente di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, alla cui stregua *“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*, tra cui rientrano anche *“le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio”*.

Con riferimento all'ipotesi di risoluzione anticipata, il Supremo Consesso ha chiarito che, sulla base dell'interpretazione letterale della norma, l'esclusione dalla gara può considerarsi legittimamente disposta solo qualora l'operatore economico abbia prestato acquiescenza alla risoluzione contrattuale ovvero che la legittimità della risoluzione sia stata confermata in sede giurisdizionale.

In particolare, ha soggiunto il Giudice adito, detta conferma giurisdizionale *“non può che essere data da una pronuncia di rigetto nel merito della relativa impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evince dalla locuzione (ancorché atecnica) «all'esito di un giudizio». A questo medesimo riguardo è invece da ritenersi evidentemente insufficiente la definizione di un incidente di natura cautelare, con decisione avente funzione interinale e strumentale rispetto a quella di merito”*.

* In collaborazione con lo con lo Studio Cancrini & Partners