



**AGENS**

*Agenzia confederale dei Trasporti e Servizi*

Roma, 13 settembre 2016  
Prot. n. 104/16/H.19.

Alle Aziende associate

L o r o   S e d i

**OGGETTO:** D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50: Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE – Nota di approfondimento.

Facendo seguito alle nostre precedenti circolari in materia (alle quali rinviamo anche per ciò che attiene alla documentazione alle medesime allegata, ed in primis al testo del decreto in oggetto), forniamo di seguito una ricognizione delle principali novità normative.

Il Nuovo Codice, che conferma l'impianto del testo preliminare del 3 marzo 2016, contiene recepimenti del parere del Consiglio di Stato del 21 marzo u.s., dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti, della Conferenza Unificata e, da ultimo, le correzioni materiali - sostanzialmente refusi - pubblicate in Gazzetta Ufficiale con comunicato del 15 luglio 2016.

Come dimostrato dalla puntuale indicazione delle disposizioni applicabili, della quale si dirà più avanti, per quanto concerne il settore, occorre constatare che - nonostante nelle Direttive europee si percepisca un avvicinamento della disciplina dei settori speciali, tra cui quello dei trasporti, a quella dei settori ordinari - la materia conserva comunque una regolamentazione specifica.

Occorre altresì precisare, ai fini anche della presente disamina, che il nuovo testo legislativo, nella sua versione aggiornata, distingue tra sistema dei contratti pubblici e sistema delle concessioni. Nell'ambito delle tre direttive, infatti, quella sulle concessioni (n. 2014/23/UE) costituisce certamente la novità più rilevante, sia perché viene introdotta a livello europeo una disciplina organica in tal senso, sia per la particolare connotazione che viene ad assumere l'istituto concessorio, potenzialmente diverso da quello tradizionale che - ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 163/06 - prevedeva una clausola generale di esclusione di applicazione del vecchio Codice alle concessioni di servizi ed una sintetica disciplina di principio residuale.

*Aderente alla*  
CONFINDUSTRIA

*Viale Pasteur, 10  
00144 Roma  
Tel. 06/5903974  
Telefax 06/5903825  
e-mail: agens@agens.it  
C.f. 04276771005*



Nella nuova formulazione, la concessione è un contratto che, benché segua gli stessi schemi dell'appalto, si caratterizza per il fatto che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo, con l'ulteriore precisazione del trasferimento al concessionario di un rischio operativo (RO) che è qualitativamente differente da quello sopportato da un normale appaltatore: nello specifico, dal punto di vista qualitativo deve trattarsi di un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi, precisando che deve derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti; dal punto di vista quantitativo, e quindi dell'entità, la direttiva lascia margini ai legislatori nazionali e pone dei limiti, essenzialmente in termini negativi, ammettendo che una parte del rischio possa rimanere a carico dell'Amministrazione aggiudicatrice o dell'Ente aggiudicatore, risultando esclusi espressamente solo i casi in cui detto rischio sia eliminato del tutto.

In altre parole, la "componente rischio" deve essere effettivamente sussistente, benché proporzionalmente ridotta, ossia "l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della Pubblica Amministrazione, non può essere superiore al 30% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari" (*art. 165, comma 2*).

Come ricorda la Corte di Giustizia EU, in mancanza dunque del RO - in questi termini definito - il contratto dovrebbe essere definito come contratto di appalto.

Giova rammentare, inoltre, soprattutto rispetto al settore del TPL, che laddove il Reg. CE n. 1370/2007 (che disciplina i servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia) lascia al diritto nazionale la facoltà di distaccarsi dalle norme in esso fissate, gli Stati membri dovrebbero poter continuare a prevedere, nei rispettivi diritti nazionali, che i servizi pubblici di trasporto passeggeri per ferrovia o metropolitana debbano essere aggiudicati mediante un procedura che segua le rispettive regole generali in materia di contratti pubblici.

Ciò detto, per esigenze di chiarezza e sintesi si formuleranno osservazioni articolo per articolo, suddividendo l'elaborato in due parti principali relative rispettivamente al sistema dei contratti di appalto, con riferimento dunque alle disposizioni che si applicano ai settori speciali in quanto compatibili, ed al sistema dei contratti di concessione.

Da ultimo si inserisce una chiosa - in termini generali - relativa, al Partenariato Pubblico Privato (PPP), alle società *in house* e ai mezzi, di risoluzione e tutela, alternativi al processo giurisdizionale in virtù delle novelle legislative introdotte.



## **I. SISTEMA DEI CONTRATTI D'APPALTO**

### **Modalità di affidamento**

#### **Art. 114 – Norme applicabili e ambito soggettivo negli appalti dei settori speciali**

Per completezza, si riporta la norma che espressamente dispone che ai contratti pubblici nei settori speciali si applicano le norme che vanno dagli artt. 114 al 141 e, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. da 1 a 58, ad esclusione delle disposizioni relative alle concessioni.

Le disposizioni di cui agli artt. 114-141 si applicano agli Enti aggiudicatori che sono Amministrazioni aggiudicatrici o Imprese pubbliche che svolgono una delle attività previste dagli artt. da 115 a 121, e quindi anche servizi di trasporto; si applicano, altresì, a tutti i soggetti che pur non essendo Amministrazioni aggiudicatrici o Imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dai predetti articoli ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi.

Con riferimento, innanzitutto, alla Parte I - dedicata in generale alle disposizioni comuni - dopo un'elencazione al Titolo II (artt. 4-20) dei contratti pubblici esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 50/2016, si segnalano le norme principali in materia di modalità di affidamento dei contratti pubblici.

#### **Art. 28 - Contratti misti d'appalto**

La norma citata disciplina svariate ipotesi di contratti misti d'appalto e stabilisce che i contratti che hanno in ciascun rispettivo ambito, ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione. Nel caso di contratti misti, che consistono in parte in servizi, nella parte relativa agli appalti nei settori speciali, e in parte in altri servizi, oppure in contratti misti comprendenti in parte servizi e in parte forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture. Si precisa che in detta fattispecie l'operatore economico (OE) che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice in esame per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture.

#### **Art. 29 – Principi in materia di trasparenza**

L'art. 29 integra la disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 33/2013 (il c.d. Decreto trasparenza); si segnala, in particolare, il *secondo periodo del comma 1*, il quale detta una disposizione di raccordo con il nuovo rito processuale in materia di impugnazione immediata di esclusioni ed ammissioni, ai sensi dell'art. 120 del D.Lgs. n. 104/2010 (C.p.a.), prevedendo la pubblicazione sul profilo del committente nella sezione "Amministrazione trasparente", nei successivi 2 giorni dalla data di adozione dei relativi atti, del provvedimento che determina l'esclusione e dell'elenco



dei soggetti ammessi ed esclusi all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.

E' inoltre pubblicata la composizione della Commissione giudicatrice e i *curricula* dei suoi componenti; nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.

### **Art. 31 – Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni**

La disposizione in menzione reca la disciplina del c.d. RUP.

In particolare, oltre ai compiti specificatamente previsti da altre disposizioni del testo in esame, il responsabile:

- formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;
- cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
- accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;
- fornisce all'Amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia l'efficiente gestione economica dell'intervento;
- propone all'Amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse Amministrazioni;
- propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della Legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati;
- verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni.

### **Art. 32 - Fasi delle procedure di affidamento**

L'art. 32, che disciplina le varie fasi delle procedure di cui trattasi, corrisponde, con alcune modifiche sostanziali, all'art. 11 del vecchio Codice.

In particolare, si segnala il *comma 8* col quale viene ampliato l'ambito entro cui è consentita l'esecuzione di urgenza del contratto prima della sua stipula: rispetto, infatti, all'art. 11 del D.Lgs. n. 163/2006, scompare il divieto espresso di esecuzione d'urgenza durante il periodo di c.d. *stand-still* (termine di 35 giorni, dilatorio per la stipula del contratto, che decorre dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva) e durante il periodo di sospensione *ex lege* a seguito di proposizione di ricorso giurisdizionale contro l'aggiudicazione e nelle more della pronuncia cautelare del giudice. Tale soppressione non è compensata nemmeno dalla previsione del *comma*



9, a tenore del quale “*il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 giorni dall’invio dell’ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione*”, ossia durante il termine di *stand-still*, trattandosi di un divieto di stipulazione e non di un divieto di esecuzione d’urgenza in pendenza del termine per la stipulazione, di cui al citato comma 8.

Il *comma 10*, inoltre amplia i casi di deroga allo *stand-still*, ossia i casi in cui è possibile stipulare immediatamente il contratto senza attendere il decorso del termine di riferimento: si aggiunge il caso di acquisti di importo inferiore alle soglie di cui all’art. 35, affidati ai sensi dell’art. 36, co. 2, lett. *a* e *b*.

### **Art. 35 - Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti**

L’art. 35 recepisce le disposizioni delle Direttive n. 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE le quali - nel decretare le soglie di rilevanza comunitaria - hanno previsto un loro meccanismo di fissazione per il quale esse non restano fisse ma sono adeguate con cadenza biennale e con provvedimento della Commissione europea. Pertanto, le soglie indicate nell’art. 35 sono quelle conseguenti al predetto adeguamento poiché, nelle more del recepimento delle Direttive UE, sono entrati in vigore il Reg. del 24 novembre 2015 n. 2015/2170/UE, n. 2015/2171/UE e n. 2015/2172/UE.

Sulla scorta del nuovo adeguamento e ai sensi dell’articolo in menzione, il nuovo Codice si applica quindi anche ai contratti pubblici nei settori speciali il cui valore, al netto dell’imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alle soglie seguenti:

- € 5.225.000 per gli appalti di lavori;
- € 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
- € 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all’Allegato IX.

### **Art. 36 - Contratti sotto soglia**

L’art. 36 sostituisce le disposizioni contenute negli artt. 121-125 del vecchio Codice, imponendo, anche nel caso di contratti sotto soglia, il rispetto dei principi di cui all’art. 4 del Decreto legislativo in commento e prevedendo nello specifico:

- il tipo di procedura utilizzabile a seconda dell’ammontare del valore dell’appalto (per affidamenti di importo inferiore a € 40.000, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o, per i lavori, in amministrazione diretta; per affidamenti di importo pari o superiore a € 40.000 e inferiore a € 150.000 per i lavori, o alle soglie di cui all’art. 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 5 OE individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di riferimento, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti);
- l’obbligo di verifica, per i contratti di servizi e forniture, dei requisiti generali mediante consultazione della Banca dati nazionale degli OE;



- l'obbligo di verifica dei requisiti tecnici-finanziari richiesti nella lettera d'invito o nel bando di gara;
- l'obbligo di verifica dei requisiti in caso di procedura negoziata solo per l'aggiudicatario, con facoltà di estendere la verifica anche agli altri partecipanti;
- la facoltà per le Stazioni Appaltanti (SA) di utilizzare il mercato elettronico.

Con riferimento alla procedura negoziata per gli affidamenti di importo pari o superiore a € 40.000 e inferiore a € 150.000 per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi, si segnala il *comma 2, lett. b*, che – recependo il parere del CdS – dispone che nel caso di avvio di una simile procedura ai fini della necessaria valutazione comparativa richiesta dalla stessa, siano invitati a presentare offerta almeno 5 OE individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di riferimento, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

Per il resto, l'art. 36 - ai sensi del *comma 7* - rinvia l'individuazione delle modalità di dettaglio alle Linee guida dell'ANAC, da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016.

Da ultimo, si precisa che le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal diritto EU a tutela della concorrenza.

#### **Art. 48 - Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici**

Dell'art. 48, che sostituisce l'art. 37 del vecchio Codice, si segnala il *comma 19* che contiene una previsione di derivazione giurisprudenziale (v. Cons. di Stato, Adunanza plenaria, 4 maggio 2012, n. 8) laddove chiarisce che *“E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara”*.

In altre parole, detta modificazione è ammissibile, purché non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara, sia nel caso in cui le imprese rimanenti abbiano anche i requisiti per eseguire le prestazioni prima in carico delle imprese che operano il recesso, sia nel caso in cui siano già state eseguite le prestazioni per le quali le imprese rimanenti siano in possesso dei requisiti.

#### **Art. 50 - Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi**

Si prevede che tutte le imprese che si impegneranno ad utilizzare manodopera o personale a livello locale oppure ad avvalersi della collaborazione delle maestranze impiegate già in altri appalti, nella fase di valutazione delle offerte, potranno conseguire un giudizio positivo.



Nello specifico, per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi - diversi da quelli aventi natura intellettuale e con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera - i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire, nel rispetto dei principi del diritto dell'UE, 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 D.Lgs. n. 81/2015.

Si precisa che per "servizi ad alta intensità di manodopera" si intendono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto.

#### **Art. 51 - Suddivisione in lotti**

Conformemente a quanto stabilito dall'art. 46 della Direttiva n. 2014/24/UE e nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici - al fine di migliorare le condizioni di accesso alle procedure di gare per le micro, piccole e medie imprese - sia nei settori ordinari che nei settori speciali le SA suddividono gli appalti in lotti funzionali (*art. 3, co. 1, lett. qq*) ovvero in lotti prestazionali (*art. 3, co. 1, lett. ggggg*) in conformità alle categorie o specializzazioni del settore dei lavori, servizi o forniture di riferimento.

Si precisa, altresì, che la mancata suddivisione deve essere motivata dalle SA nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica (v. artt. 99 e 139).

#### **Art. 53 - Accesso agli atti e riservatezza**

L'art. 53, riproducendo sostanzialmente il testo dell'art. 13 del vecchio Codice, dispone che - salvo quanto espressamente previsto nel D.Lgs. n. 50/2016 - il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 ss. della Legge 7 agosto 1990, n. 241 (Legge sul procedimento amministrativo).

A riguardo, una novità significativa è quella che prevede la possibilità per le Amministrazioni aggiudicatrici e per gli Enti aggiudicatori di imporre agli OE condizioni a tutela della riservatezza delle informazioni rese disponibili dalle stesse Amministrazioni.

#### **Artt. 54-58 – Disposizioni inerenti i sistemi informatici**

Anche in tema di procedure di affidamento, si prevede la promozione di modalità innovative di affidamento volte a garantire i livelli minimi di concorrenzialità, trasparenza, rotazione e parità di trattamento. Ciò anche attraverso la sperimentazione di procedure e sistemi informatici tra i quali si menzionano gli accordi quadro, i sistemi dinamici di acquisizione, le aste elettroniche, i cataloghi elettronici e le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione, come regolamentati dagli articoli citati.



## **Procedure di scelta del contraente**

### **Art. 122 – Norme applicabili**

Con riferimento alle procedure di scelta del contraente nell'aggiudicazione di appalti di forniture, di lavori o di servizi, gli Enti aggiudicatori nei settori speciali utilizzano procedure di affidamento aperte, ristrette o negoziate precedute da indizione di gara, ovvero dialoghi competitivi e partenariati per l'innovazione in conformità alle disposizioni di cui agli artt. 123-132.

A riguardo, si precisa preliminarmente che – ai sensi del *comma 3 dell'art. 123* - la gara può essere indetta con una delle seguenti modalità:

1. un avviso periodico indicativo a norma dell'art. 127, se il contratto è aggiudicato mediante procedura ristretta o negoziata;
2. un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione a norma dell'art. 128, se il contratto è aggiudicato mediante procedura ristretta o negoziata o tramite un dialogo competitivo o un partenariato per l'innovazione;
3. mediante un bando di gara a norma dell'articolo 129.

Per quanto concerne le norme applicabili, l'art. 122 opera specifici rinvii a talune norme disciplinanti le procedure nei settori ordinari (Parte II, Titolo III, Capi II e III), delle quali si riportano i punti più salienti.

### **Art. 60 - Procedura aperta**

Si precisa che la norma si applica anche nei settori speciali, salvo che la disposizione sull'avviso di preinformazione si intenda riferita all'avviso periodico indicativo.

### **Art. 61 – Procedura ristretta**

Si precisa che la norma si applica anche nei settori speciali, limitatamente ai commi 1 e 2, con la precisazione che il termine di 30 giorni ivi previsto può essere ridotto fino a 15 giorni, nonché ai commi 3 e 5.

### **Art. 64 – Dialogo competitivo**

Anche in questo caso, nel caso dei settori speciali, il termine di 30 giorni per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al co. 3 dello stesso articolo, può essere ridotto fino a 15 giorni qualora sia stato pubblicato un avviso periodico indicativo e sia stato trasmesso un invito a confermare l'interesse.

Si applicano, altresì, le disposizioni di cui agli artt. 65-66-67-68-69-73 e 74.

### **Art. 125 – Uso della procedura negoziata senza previa indizione di gara**

La norma contiene un'espressa individuazione dei casi in cui - "eccezionalmente" - è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza previa indizione di gara.





## **Fase di selezione dei partecipanti e delle offerte**

### **Art. 133 – Principi generali per la selezione dei partecipanti**

Con riferimento, invece, alla selezione dei partecipanti e delle offerte nei settori speciali si applicano, per quanto compatibili con le norme di cui agli artt. 133-139, le disposizioni di cui ai seguenti articoli: 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 96 e 97.

Tra queste ultime si segnalano:

### **Art. 77 - Commissione di aggiudicazione**

L'art. 77 individua le modalità di composizione delle Commissioni di aggiudicazione per le ipotesi in cui gli appalti debbano essere aggiudicati in base al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. La disposizione citata costituisce uno dei punti innovativi della riforma in argomento in quanto – ai fini di una maggiore trasparenza, imparzialità e competenza professionale degli stessi commissari - sottrae la scelta in ordine a tali soggetti ad opera delle SA. Il *comma 3*, in particolare, ne disciplina le modalità di individuazione facendo riferimento al metodo del pubblico sorteggio, nel rispetto del principio di rotazione che va rispettato anche nel caso di nomina di componenti interni.

### **Art. 80 – Motivi di esclusione**

La norma citata - sostituendo l'art. 38 del previgente D.Lgs. n. 163/2006 - individua i requisiti di ordine generale, o di moralità, che i concorrenti devono possedere ai fini della partecipazione alle gare pubbliche.

In particolare, al *comma 13*, si dispone che l'ANAC può emanare Linee guida al fine di *“precisare quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione”*, ossia le circostanze rivelatrici della mancanza dei necessari requisiti di integrità o affidabilità in capo al concorrente.

Sul punto, si specifica che le predette Linee guida si limitano ad indicazioni meramente esemplificative e che esse non possono in alcun modo limitare gli apprezzamenti discrezionali da parte delle SA, ovvero fornire una sorta di catalogo chiuso di cause di esclusione, in quanto un'elencazione tassativa si presterebbe agevolmente a comportamenti opportunistici ed elusivi generando un effetto di fatto opposto rispetto a quello auspicato.

### **Art. 83 – Criteri di selezione e soccorso istruttorio**

L'art. 83 individua le modalità di carattere oggettivo attraverso le quali le SA possono procedere a una selezione quantitativa del numero dei partecipanti.

In generale, a carico degli OE, è previsto un complessivo alleggerimento delle incombenze di ordine documentale ed economico, ed è in quest'ottica che si inserisce e si segnala il *comma 9* - di seguito riportato - contenente la previsione del “soccorso istruttorio”:



*“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all’offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della SA, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all’uno per mille e non superiore all’uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 €. In tal caso, la SA assegna al concorrente un termine, non superiore a 10 giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l’avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione (...). Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la SA ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione(...). Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.*

Si segnala, altresì, il *comma 10* con riferimento alla qualificazione degli OE e delle imprese ed ai relativi sistemi di premialità e penalità (c.d. *rating* di legalità). Il predetto comma dispone che sia istituito presso l’ANAC, che ne cura la gestione, un sistema da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per la quale l’Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che, in altre parole, esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell’impresa.

Rientra, inoltre, nell’ambito della gestione di tale attività di qualificazione la determinazione da parte dell’ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o 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.

In proposito, si precisa infine che i requisiti reputazionali di cui al presente articolo tengono conto, in particolare, del *rating* di legalità rilevato dall’ANAC in collaborazione con l’AGCM, ai sensi dell’art. 213, co. 7, nonché dei precedenti comportamentali dell’impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione dei contratti, ed all’incidenza del contenzioso, sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto.

#### **Art. 85 – Documento di gara unico europeo (DGUE)**

A contribuire al processo di semplificazione vi è l’ulteriore possibilità, riconosciuta ai partecipanti alle gare, di utilizzare il DGUE, in qualità di prova documentale preliminare in ordine al possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, o analogo documento predisposto dal MIT per l’autocertificazione dei requisiti. L’art. 85 indica i contenuti di tale documento, il quale deve essere redatto in



conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea e - a partire dal 18 aprile 2018 - fornito esclusivamente in forma elettronica. Si precisa che, ai sensi del *comma 5*, la SA può, altresì, chiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura.

#### **Art. 89 – Avvalimento**

Anche la disciplina dell'avvalimento è stata oggetto di revisione; nello specifico, l'articolo individua le modalità con cui un concorrente può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di ordine oggettivo, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti.

#### **Fase di aggiudicazione**

Con riferimento, infine, alla fase di aggiudicazione si evidenzia il *favor* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), criterio di gran lunga più utile rispetto a quello del prezzo più basso e del massimo ribasso d'asta, giacché evita meccanismi distorsivi, quali ad esempio la compressione delle condizioni di lavoro.

Il miglior rapporto qualità/prezzo è determinato, infatti, seguendo un approccio di tipo costo/efficacia, qual è il "costo del ciclo di vita". Si precisa che "*i costi del ciclo di vita comprendono, in quanto pertinenti, tutti i seguenti costi, o parti di essi, legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro:*

*a) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali:*

- *costi relativi all'acquisizione;*
- *costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse;*
- *costi di manutenzione;*
- *costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio;*

*b) costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato. Tali costi 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" (art. 96, co. 1).*

In altre parole, l'aggiudicazione con il criterio dell'OEPV richiede che siano tenuti in debita considerazione gli aspetti qualitativi, i criteri di sostenibilità energetica, ambientale, i parametri sociali connessi all'oggetto del contratto pubblico.

#### **Art. 95 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto**

Nell'individuazione delle nuove regole applicabili in materia di aggiudicazione, in funzione delle innovazioni introdotte dalle Direttive 2014 e delle scelte compiute dal legislatore nazionale, l'art. 95 ha un rilievo centrale. In coerente attuazione delle Direttive europee, la disposizione citata attribuisce alla formula OEPV un significato profondamente diverso poiché comprende anche i criteri basati sul prezzo più basso,



oltre a quelli incentrati sul rapporto qualità/prezzo; dunque, più ampio rispetto a quello affermatosi nel sistema precedente che riguardava esclusivamente i criteri incentrati sulla valutazione qualitativa dell'offerta.

Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le SA, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'OEPV 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'art. 96 (*comma 2*).

Può essere, invece, utilizzato il criterio del minor prezzo (*comma 4*):

- per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro;
- per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

### **Art. 97 - Offerte anormalmente basse**

Sempre con riferimento alla fase di aggiudicazione, si richiede che vi sia una espressa indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala. Infatti, l'articolo citato - che sostituisce gli artt. 86, 87, 88 del previgente Codice, nonché l'art. 121 del relativo Reg. di esecuzione - invece di prevedere criteri predeterminati per valutare le offerte anomale, dispone che sia necessario un sorteggio per decidere il criterio da utilizzare fra quelli previsti per valutare tale circostanza e individuare, valutare ed eventualmente escludere dalla gara le offerte sospettate di anomalia.

Se le offerte appaiono "anormalmente" basse, gli OE forniscono, su richiesta della SA, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta.

L'obiettivo, oltre quello di una maggiore semplificazione, è evitare che, attraverso la mancata esclusione automatica delle offerte anomale, si determini un artificioso incremento della media dei ribassi.

### **Art. 139 - Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti**

Con riferimento sempre alla fase di selezione, da ultimo, si segnala, l'art. 139, che, recependo il parere del CdS, ne ha conformemente modificato il comma 3, disponendo che "la documentazione è conservata per almeno 5 anni a partire dalla data di aggiudicazione dell'appalto, ovvero, in caso di pendenza di una controversia, fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza".



A riguardo, il CdS ha, infatti chiarito che una previsione di maggiore durata dell'obbligo di conservazione - in caso di pendenza di un contenzioso fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza - non costituisce *gold plating*, in quanto non si tratta di un aggravamento burocratico in capo alle imprese partecipanti bensì di una misura prudenziale a vantaggio delle imprese concorrenti o escluse che hanno contestato l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione appaltante.

## **II. SISTEMA DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE**

### **Art. 164 - Oggetto e ambito di applicazione**

Con riferimento alle **norme applicabili alle procedure di aggiudicazione** dei contratti di concessione si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella Parte I e nella Parte II del D. Lgs. n. 50/2016, relativamente ai:

- ai principi generali;
- alle esclusioni;
- alle modalità ed alle procedure di affidamento;
- alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi;
- ai requisiti generali e speciali, ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione;
- alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti;
- ai requisiti di qualificazione degli OE;
- ai termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte;
- alle modalità di esecuzione.

Si precisa che esulano dall'ambito di interesse della Direttiva concessioni e, quindi, anche del nuovo Codice nella parte relativa alle stesse le tematiche a monte inerenti la missione che le imprese, incaricate dalla gestione dei SIEG, sono tenute ad assolvere per finalità di interesse generale e quella relativa ai servizi rivolti agli utenti nell'interesse dei cittadini.

Ciò detto, si segnala:

### **Art. 165 - Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni**

L'articolo citato, oltre a contenere gli aspetti definatori sulle concessioni ed il rischio operativo, ripercorre opportunamente il quadro normativo in materia di strumenti per la c.d. bancabilità ed il finanziamento delle opere, la sostenibilità ed il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario, la defiscalizzazione degli interventi ed i c.d. *project bond*.

### **Art. 168 - Durata delle concessioni**

L'art. 168 introduce il principio secondo il quale la durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'Amministrazione aggiudicatrice o dall'Ente



aggiudicatore, in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa e non può comunque essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza.

Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.

### **Art. 175 - Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia**

L'art. 175 - in attuazione dell'art. 43 della Direttiva 23 - affronta la delicata tematica delle varianti, prevedendo al *comma 1, lett. a*, il divieto in termini generali di inserire nei documenti di gara iniziali clausole che prevedano la proroga delle concessioni.

Si segnala, inoltre, il *comma 7* il quale chiarisce che per "modifica sostanziale" deve intendersi un'alterazione considerevole degli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito. In ogni caso - fatti salvi i commi 1 e 4 dell'articolo in menzione - una modifica è considerata sostanziale se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta:

- la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione;
- la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;
- la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;
- se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la SA aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al *co. 1, lett. d, dell'art. 175*.

In altre parole, deve trattarsi di uno "snaturamento" della concessione iniziale e che, quindi, costituisce un *quid pluris* rispetto alla semplice alterazione, sia pure considerevole, delle condizioni contrattuali.

### **Art. 176 - Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro**

Sostanzialmente si tratta di porre termine alla concessione in vigenza della stessa per presupposti che sono legati a vizi, originari o sopravvenuti, dell'atto concessorio.

Nello specifico, ciò avviene quando:

- il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80;
- la SA ha violato, con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'UE come accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 258 del TFUE;
- la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi dell'art. 175, co. 8.



Si tratta di fattispecie che nell'ordinamento nazionale giustificano la tutela c.d. pubblicistica nella forma dell'annullamento d'ufficio, che però in tali casi, non vede applicati i termini previsti dall'art. 21-nonies della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

Si precisa, altresì, che nel caso di annullamento per vizio non imputabile al concessionario, si equipara l'annullamento d'ufficio a risoluzione per inadempimento della SA e spettano al concessionario:

- il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;
- le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;
- un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire ovvero del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione.

Quando, invece, il vizio sia imputabile al concessionario trova applicazione l'art. 1453 del Codice civile.

#### **Art. 177 – Affidamenti dei concessionari**

Tale articolo impone di esternalizzare - mediante procedure ad evidenza pubblica - l'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni affidate mediante procedura ad evidenza pubblica e di importo pari o superiore a 150.000 €, e di introdurre clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. Si precisa, che sono escluse da tale obbligo di esternalizzazione le concessioni affidate con la finanza di progetto o con gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'UE.

Con riferimento all'articolo citato si segnala che lo stesso si limita a imporre tale obbligo solo per le concessioni già in essere le quali dovranno adeguarsi alle predette disposizioni entro 24 mesi dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016; tuttavia, almeno in linea teorica, tutte le nuove concessioni, affidate dopo l'entrata in vigore, dovrebbero essere affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica.

La restante quota dei contratti può essere realizzata da società *in house* (art. 5) per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

#### **Partenariato Pubblico Privato (PPP) - Parte IV/artt. 179-191**

Premesso che le disposizioni citate si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi (*art. 179, co. 3*), si definisce "contratto di PPP" il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più SA conferiscono a uno o più OE, per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in



cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore (art. 3, co. 1, lett. eee).

Le nuove norme razionalizzano ed estendono le forme nelle quali il PPP si sostanzia, e che concretamente si declinano nella (art. 180, co. 8):

- finanza di progetto;
- locazione finanziaria di opere pubbliche;
- concessione di costruzione e gestione;
- concessione di servizi;
- contratto di disponibilità;
- interventi di sussidiarietà orizzontale (c.d. partenariato sociale);
- qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che si qualificano come figure atipiche ma che presentano le caratteristiche di cui all'art. 180, commi 1-7.

### **Affidamenti in house – Artt. 5 e 192**

La disciplina degli affidamenti *in house* è contenuta negli artt. 5 e 192 del D.Lgs. n. 50/2016. In particolare, l'art. 5 - che trova la propria collocazione nel Tit. II della Parte I dedicato ai “*Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice*” - enuncia i principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e Amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico e reca una disciplina di principio che tratteggia le caratteristiche salienti e, per così dire, il minimo comun denominatore del vasto e complesso fenomeno dell'*in house*. L'art. 192, invece, costituisce specifica attuazione di ulteriori criteri contenuti nella Legge delega, laddove prevede che:

- è istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli Enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'art. 5;
- anche negli affidamenti diretti *in house* sia compiuta da parte delle SA la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avendo riguardo all'oggetto e al valore della prestazione.

Per quanto concerne la disciplina delle partecipazioni societarie delle Amministrazioni pubbliche e delle condizioni e i limiti entro cui queste ultime possono costituire o partecipare a società, si rimanda al Testo unico sulle società partecipate.

### **Contenzioso - Artt. 204-211**

Anche in materia di contenzioso il nuovo testo legislativo in argomento, oltre a prevedere un rito abbreviato in materia di appalti, rivede i mezzi di risoluzione e tutela alternativi al processo giurisdizionale.



**Art. 204 – Ricorsi giurisdizionali**

Per quanto concerne il citato **rito abbreviato** si dispone che il provvedimento che determina l'esclusione dalla procedura di affidamento ovvero l'ammissione ad essa vada impugnato nel termine di 30 giorni, decorrenti dalla pubblicazione della valutazione dei requisiti sul profilo del committente della SA, ai sensi del sopracitato *comma 1 dell'art. 29*.

Sul punto, si precisa che l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale; allo stesso modo è inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività.

Per lo specifico procedimento da seguire nei casi di rito abbreviato si faccia riferimento al nuovo comma 6 bis inserito all'art. 120 del Codice del processo amministrativo.

Per quanto concerne invece **i metodi di risoluzione delle controversie alternativi** al processo giurisdizionale si menziona:

➤ **art. 206 - Accordo bonario per i servizi e la fornitura**

Tale rimedio giurisdizionale si applica, conformemente a quanto disposto dall'art. 205, anche ai contratti di fornitura di beni di natura continuativa o periodica, e di servizi, in quanto compatibili, quando insorgano controversie in fase esecutiva degli stessi e circa l'esatta esecuzione delle prestazioni dovute;

➤ **art. 207 - Collegio consultivo tecnico**

Detto istituto ha funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto, allo scopo di prevenire l'instaurarsi di eventuali controversie. Sul punto, si segnala - come manifestato con parere del CdS - che non sono definiti espressamente i casi di dispute che possono nascere: in particolare la nuova norma non chiarisce come l'istituto si rapporti all'accordo bonario;

➤ **art. 208 – Transazione**

L'istituto della transazione, in generale, può essere utilizzato - esclusivamente al di fuori dei casi definibili con accordo bonario ed attraverso il collegio consultivo tecnico - per la soluzione di controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti e relative a diritti soggettivi.

In proposito, si precisa che ove il valore dell'importo oggetto di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000€ - ovvero 200.000€ in caso di lavori pubblici - è acquisito il parere dell'Avvocatura dello Stato - qualora si tratti di Amministrazioni centrali - ovvero di un legale interno alla struttura, o del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, ove non esistente il legale interno, qualora si tratti di Amministrazioni sub centrali.

➤



➤ **artt. 209 e 210 – Arbitrato**

L'arbitrato - ricondotto all'ANAC attraverso la Camera arbitrale istituita presso questa Autorità – deferisce sulle controversie, relative ai diritti soggettivi e derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli artt. 205 e 206.

Detto istituto si applica anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'art. 2359 c.c., o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici.

Si segnala - rispetto alla disciplina abroganda – l'obbligo, sanzionato a pena di nullità, di inserire le clausole compromissorie nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della Amministrazione aggiudicatrice.

➤ **art. 211 – Pareri di precontenzioso dell'ANAC**

Nell'ambito dei rimedi alternativi, anche in funzione deflattiva del contenzioso, una rilevante novità è rappresentata dalla riconduzione del parere di precontenzioso all'ANAC che, su iniziativa della SA o di una o più delle altre parti, esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro 30 giorni dalla ricezione della richiesta.

Si precisa che il parere obbliga le parti ad attenersi a quanto in esso stabilito ed è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 20 del Codice del processo amministrativo.

Ulteriore strumento è rappresentato dal potere di invito - sempre attribuito all'ANAC - nei confronti delle SA di agire in autotutela e rimuovere, altresì, gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a 60 giorni.

Con riserva di fornire ulteriori approfondimenti ed indicazioni, porgiamo cordiali saluti.

p. IL DIRETTORE GENERALE