

Newsletter

Maggio 2017

LE PRINCIPALI NOVITÀ DEL DECRETO CORRETTIVO AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. INTRODUZIONE

Il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*” (il “**Decreto Correttivo**”) è entrato in vigore il 20 maggio 2017, al termine di una *vacatio legis* di 15 giorni dalla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n. 103 del 5 maggio 2017, Supplemento Ordinario n. 22.

Il Decreto Correttivo interviene massicciamente sul testo del D.Lgs. n. 50/2016 (il “**Codice dei contratti pubblici**” o il “**Codice**”), apportandovi numerose modifiche con la dichiarata finalità di “*perfezionare l’impianto normativo senza intaccarlo, con lo scopo di migliorarne l’omogeneità, la chiarezza e l’adeguatezza in modo da perseguire efficacemente l’obiettivo dello sviluppo del settore che la stessa legge delega si era prefissata*”¹.

L’intervento del Decreto Correttivo si innesta su un quadro normativo complesso, nel quale numerosi provvedimenti attuativi del Codice dei contratti pubblici sono stati già emanati sulla base delle norme anteriori alla novella. Da più parti si è, dunque, auspicata una tempestiva azione armonizzatrice del nuovo testo del Codice, risultante dall’intervento del Decreto Correttivo, rispetto ai relativi atti attuativi emanati *medio tempore*.

Il Consiglio di Stato, nel parere del 30 marzo 2017, n. 782, sullo schema di Decreto Correttivo (il “**Parere**”), ha classificato gli interventi correttivi ed integrativi richiesti dal Codice in quattro categorie principali:

- a) eliminazione di refusi ed errori materiali;
- b) coordinamento “esterno” del Codice con altre leggi vigenti;
- c) rimozione di errori di recepimento delle direttive europee e di attuazione della legge delega;
- d) rimedio a difficoltà insorte nella prima applicazione dei nuovi istituti, come emerso dalle audizioni, dal dibattito dottrinale e dalla prima giurisprudenza.

Tuttavia, sempre nel Parere, il Supremo collegio amministrativo non ha mancato di rilevare - in particolare - che il perseguimento dell’ultimo obiettivo, ad opera del Decreto Correttivo, potesse essere ostacolato da almeno due fattori: da un lato, la circostanza che una buona parte del Codice non avesse ancora ricevuto pratica applicazione, non essendo stati emanati diversi atti attuativi ivi previsti; dall’altro, il fatto che il Decreto Correttivo sarebbe intervenuto dopo un periodo di prima applicazione del nuovo Codice eccessivamente breve.

¹ Relazione illustrativa al Decreto Correttivo.

Newsletter

Ciò premesso, si prospetta di seguito un *focus* sulle principali innovazioni previste dal Decreto Correttivo, distinguendole tra quelle incidenti sulla materia degli appalti, da un lato, e quelle che intervengono sulla disciplina di concessioni e partenariato pubblico-privato, dall'altro.

2. APPALTI

2.1 Impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione

Accogliendo un'indicazione contenuta nel Parere, il Decreto Correttivo precisa che il termine per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione (all'esito della verifica del possesso dei requisiti) ai sensi dell'articolo 120, comma 2-*bis*, c.p.a., decorre dal momento in cui gli atti sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione².

2.2 Contratti sotto-soglia

Viene espressamente estesa agli affidamenti sotto-soglia l'applicazione di alcune norme del Codice, espressione di principi generali: si tratta degli articoli 34 (criteri di sostenibilità energetica e ambientale) e 42 (conflitto di interessi). Il Decreto Correttivo introduce, altresì, la precisazione che il principio di rotazione si riferisce agli "inviti" e agli "affidamenti", e prevede la facoltà, per le stazioni appaltanti, di applicare le disposizioni di cui all'articolo 50 (clausole sociali)³.

In un'ottica di semplificazione degli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro, il Decreto Correttivo ha, da un lato, eliminato la necessità di "adeguata motivazione"; dall'altro lato, ha precisato che l'affidamento non deve necessariamente avvenire previa consultazione di due o più operatori economici.

A prescindere dai dubbi circa l'effettiva utilità della previsione dell'onere di adeguata motivazione contenuta nella precedente disposizione, posto che ogni provvedimento adottato dalla stazione appaltante, ivi compreso l'affidamento di contratti di importo inferiore a 40.000 euro, dovrebbe essere motivato, in conformità ai principi generali dell'azione amministrativa (legge 241/1990), giova osservare che l'ANAC era intervenuta sul tema, precisando che l'onere motivazionale in parola poteva intendersi soddisfatto mediante la valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici⁴. L'intervento del Decreto Correttivo sul punto solleva, dunque, l'esigenza di un allineamento delle linee guida dell'ANAC rispetto alla nuova formulazione della norma.

Resta naturalmente inteso che la scelta dell'operatore economico dovrà continuare ad essere motivata alla luce della normativa vigente (legge 241/1990) e sulla base di quanto previsto dalle linee guida dell'ANAC, che richiedono alla stazione appaltante di dare comunque conto, all'atto dell'affidamento:

- (i) del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente;
- (ii) della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare;
- (iii) di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario;
- (iv) della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione;

² Art. 29, comma 1, Codice.

³ Art. 36, comma 1, Codice.

⁴ ANAC, delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, aventi ad oggetto "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici".

Newsletter

(v) del rispetto del principio di rotazione.

Cresce, inoltre, il numero degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate avviate ai sensi dell'art. 36, comma 2, del Codice. In particolare, sale da cinque a dieci il numero minimo di operatori che la stazione appaltante è tenuta a invitare, ove esistenti, alle procedure negoziate per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro. Contestualmente, viene innalzato da dieci a quindici il numero minimo di operatori da consultare per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro.

Il Decreto Correttivo introduce inoltre la possibilità di ricorrere alle procedure per l'affidamento dei contratti sotto-soglia nel caso di lavori da realizzarsi da parte dei soggetti privati titolari di permesso di costruire, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo, per importi inferiori alle soglie comunitarie⁵. La precedente versione del Codice richiedeva, invece, l'applicazione della procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara.

Nei mercati elettronici, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, si prevede che la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice sia effettuata, da parte del soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico⁶ su un "*campione significativo*" in fase di ammissione e di permanenza.

2.3 Appalto integrato

Il Decreto Correttivo amplia le eccezioni al divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori (cd. appalto integrato), comprendendovi i casi di locazione finanziaria nonché l'affidamento dei lavori pubblici da parte dei soggetti privati titolari di permesso di costruire, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo⁷.

Le stazioni appaltanti potranno ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice soltanto nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori⁸.

In ogni caso, il ricorso all'appalto integrato dovrà essere motivato nella determina a contrarre, e questa dovrà altresì chiarire in modo puntuale la rilevanza dei presupposti tecnici ed oggettivi che consentono l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori, nonché l'effettiva incidenza sui tempi di realizzazione delle opere interessate⁹.

In ogni caso, fermo quanto sopra, il Decreto Correttivo chiarisce, in base alla nuova disciplina transitoria, che il divieto di appalto integrato non troverà applicazione per le opere i cui progetti definitivi risultino definitivamente approvati dall'organo competente alla data di entrata in vigore del Codice, con pubblicazione del bando entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del Decreto Correttivo¹⁰.

2.4 Motivi di esclusione

Il Decreto Correttivo interviene sulla disciplina dei motivi di esclusione, in una triplice direzione:

(i) ampliando le ipotesi di esclusione obbligatoria degli operatori dalle procedure ad evidenza pubblica;

⁵ Art. 36, comma 3, Codice.

⁶ Art. 36, comma 6-bis, Codice.

⁷ Art. 59, comma 1, Codice.

⁸ Art. 59, comma 1-bis, Codice.

⁹ Art. 59, comma 1-ter, Codice.

¹⁰ Art. 216, comma 4-bis, Codice.

Newsletter

- (ii) estendendo l'ambito dei soggetti nei cui confronti operano alcuni motivi di esclusione;
- (iii) precisando il periodo durante il quale operano le cause di esclusione di cui all'art. 80 commi 4 e 5 del Codice.

Sotto il primo profilo, vengono introdotti i seguenti motivi di esclusione:

- a) condanna per il reato di false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile¹¹;
- b) presentazione, nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti, di documentazione o dichiarazioni non veritiere¹²;
- c) iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti¹³ (non solo, quindi, ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione).

Con riguardo al secondo profilo, il Decreto Correttivo, in primo luogo, estende la platea dei soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 80 del Codice, per le società diverse da quelle in accomandita, o in nome collettivo, includendovi espressamente anche gli institori e i procuratori generali¹⁴. Tale modifica appare di notevole rilievo poiché tenderebbe a risolvere – in un'ottica di una maggiore tutela della trasparenza, ma anche di riduzione del contenzioso – una diatriba giurisprudenziale che aveva interessato, nella vigenza delle previsioni del vecchio Codice (*cf.* art. 38 del D.lgs. 163/2006), l'applicabilità o meno degli obblighi dichiarativi in questione alle figure dei procuratori e degli institori.

In secondo luogo, il Decreto Correttivo identifica i soggetti in relazione ai quali operano i motivi di esclusione relativi alla normativa antimafia (sussistenza di cause di decadenza, sospensione o divieto previste dall'art. 67 del D.lgs. 159/2011 ovvero tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4 del medesimo decreto), richiamando l'elenco dei soggetti in relazione ai quali devono essere rese le dichiarazioni di cui all'art. 80 comma 1, del Codice, concernenti l'assenza di condanne per i reati ivi indicati¹⁵.

Infine, sotto altro e diverso profilo, il Decreto Correttivo ha colmato una lacuna originaria del comma 10 dell'art. 80 del Codice, precisando che, in relazione ai motivi di esclusione di cui ai commi 4 e 5 (in sostanza, tutte le cause di esclusione diverse da quelle derivanti da condanne definitive, di cui al comma 1, e da quelle relative alla normativa antimafia, di cui al comma 2), la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la P.A. opera per i tre anni successivi alla data dell'“*accertamento definitivo*” dell'evento integrante la causa di esclusione, ove non sia intervenuta sentenza di condanna.

2.5 Rating di impresa

Il legislatore delegato riscrive la disciplina del *rating* di impresa¹⁶, che diventa facoltativo e dunque avente solo carattere premiale, ma non di per sé condizione necessaria per la qualificazione.

I requisiti reputazionali, i relativi criteri di valutazione e le modalità di rilascio della relativa certificazione saranno disciplinati dall'ANAC con apposite linee guida, da adottarsi entro tre mesi dall'entrata in vigore del Decreto Correttivo.

¹¹ Art. 80, comma 1, lett. b-*bis*), Codice.

¹² Art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), Codice.

¹³ Art. 80, comma 5, lett. f-*ter*), Codice.

¹⁴ Art. 80, comma 3, Codice.

¹⁵ Art. 80, comma 2, Codice.

¹⁶ Art. 83, comma 10, Codice.

Newsletter

Alle medesime linee guida è altresì ricondotta - in adesione a quanto previsto dalla legge delega - l'istituzione di un sistema di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia.

Tra i presupposti dei requisiti reputazionali sono inclusi i precedenti comportamenti dell'impresa con riferimento al mancato ricorso al soccorso istruttorio e all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, mentre vengono eliminati i riferimenti al *rating* di legalità e alla regolarità contributiva valutata con riferimento ai tre anni precedenti.

Per il calcolo del *rating* di impresa si terrà conto del comportamento degli operatori economici nelle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore del Decreto Correttivo. Si prevede, inoltre, che l'ANAC attribuisca premialità agli operatori economici per comportamenti anteriori all'entrata in vigore del Decreto Correttivo, conformi a quanto previsto per il rilascio del *rating* di impresa.

2.6 Soccorso istruttorio

Il Decreto Correttivo modifica l'istituto del soccorso istruttorio¹⁷ agendo su due aspetti essenziali della relativa disciplina, attraverso:

- (i) la soppressione di ogni onere economico per la regolarizzazione della documentazione, disposta in accoglimento di un'indicazione già formulata dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema del Codice;
- (ii) l'eliminazione dell'obbligo di sanare le irregolarità formali, ovvero la mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali.

La modifica apportata sotto il primo profilo risponde all'esigenza di rendere la disposizione del Codice coerente con quanto previsto dalla legge delega n. 11/2016. La precedente formulazione, assistita dalla previsione di una sanzione pecuniaria, era infatti apparsa viziata da eccesso di delega per contrasto con l'art. 1, lett. z), della legge n. 11/2016, che aveva delegato al Governo la previsione di forme di "*integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda*", con ciò escludendo l'ipotesi del cd. soccorso istruttorio "a pagamento".

L'abolizione della sanzione pecuniaria si pone, altresì, in linea con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, che aveva sollevato dubbi in merito alla compatibilità con il diritto europeo dell'istituto del soccorso istruttorio a pagamento, tanto da rimettere la questione all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁸, che sarà quindi chiamata a breve a pronunciarsi sul tema.

2.7 Qualificazione degli esecutori di lavori pubblici

Con riferimento alla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, il Decreto Correttivo prevede che ai fini dell'attestazione, da parte delle SOA, del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, il periodo di attività dell'operatore documentabile è il decennio (non più il solo quinquennio) antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA¹⁹.

Le SOA dovranno segnalare all'ANAC gli operatori che, ai fini della qualificazione, rendono dichiarazioni false o producono documenti non veritieri. Viene prevista, per il caso di accertamento da parte dell'ANAC

¹⁷ Art. 83, comma 9, Codice.

¹⁸ TAR Lazio, Roma, sez. III, ordinanza 3 ottobre 2016, n. 10012.

¹⁹ Art. 84, comma 4, lett. b), Codice.

Newsletter

della colpa grave o del dolo dell'operatore interessato, l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione fino a due anni dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera g)²⁰.

2.8 Avvalimento

Riprendendo parzialmente le previsioni del D.P.R. 207/2010 e alcuni orientamenti giurisprudenziali formati al riguardo, il Decreto Correttivo ha previsto che il contratto di avvalimento dovrà contenere, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria²¹.

Il Decreto Correttivo ha inoltre previsto che il RUP accerti in corso d'opera che le prestazioni oggetto del contratto siano svolte direttamente dalle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria "*pena la risoluzione del contratto di appalto*"²².

2.9 Garanzia provvisoria e definitiva

Diverse sono le innovazioni concernenti la garanzia provvisoria e definitiva. Anzitutto il Decreto Correttivo introduce la facoltà della stazione appaltante di non richiedere queste ultime nell'ambito delle procedure per l'affidamento di contratti di importo inferiore a 40.000 euro²³.

Il rischio coperto dalla garanzia provvisoria viene esteso fino a comprendere la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, dovuta ad ogni fatto dell'affidatario (dunque, a prescindere dalla sussistenza di dolo o colpa grave, come invece previsto nella precedente versione del Codice) o all'adozione di un'informazione interdittiva antimafia²⁴.

Per microimprese, piccole e medie imprese, nonché per i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari costituiti esclusivamente da queste, si prevede la riduzione del 50 per cento della cauzione provvisoria e la deroga all'obbligo di corredare l'offerta dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva²⁵.

Il Decreto Correttivo, inoltre, modifica parzialmente il regime delle riduzioni e amplia le possibilità di cumulo, precisando che, in caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente²⁶.

2.10 Criteri di aggiudicazione

Per quanto concerne i criteri di aggiudicazione, in primo luogo il Decreto Correttivo estende la possibilità di applicare il criterio del minor prezzo:

- (i) ai lavori di importo fino a 2.000.000 di euro (in precedenza la soglia era 1.000.000 di euro), a condizione che l'affidamento avvenga con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo e con applicazione obbligatoria dell'esclusione automatica dell'offerta che risulti anormalmente bassa, ai sensi dell'articolo 97, comma 8 del Codice²⁷;

²⁰ Art. 84, comma 4-bis, Codice.

²¹ Art. 89, comma 1, Codice.

²² Art. 89, comma 9, Codice.

²³ Artt. 93, comma 1, e 103, comma 11, Codice.

²⁴ Art. 93, comma 6, Codice.

²⁵ Art. 93, commi 7 e 8, Codice.

²⁶ Art. 93, comma 7, Codice.

²⁷ Art. 95, comma 4, lett. a), Codice.

Newsletter

- (ii) ai contratti di importo inferiore a 40.000 euro, anche relativi a servizi sociali, di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, e ad alta intensità di manodopera²⁸.

Nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ("OEPV"), innovativa è la previsione del tetto massimo del 30 per cento per il peso ponderale da assegnare al punteggio economico, e la correlativa valorizzazione degli elementi qualitativi dell'offerta²⁹. Inoltre, in caso di appalti aggiudicati con il criterio dell'OEPV, le stazioni appaltanti non potranno attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta³⁰.

2.11 Offerte anormalmente basse

Si segnalano, altresì, le innovazioni in tema di offerte anormalmente basse, introdotte dal Decreto Correttivo in parziale accoglimento di quanto espresso in materia dal Consiglio di Stato nel Parere.

In particolare, il legislatore delegato ha riscritto i cinque criteri di determinazione della soglia di anomalia e ha chiarito che essi trovano applicazione ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque³¹.

Tali modifiche sono apparse una diretta conseguenza delle numerose difficoltà emerse con riferimento all'originaria formulazione dei predetti criteri di calcolo, evidenziate altresì da una comunicazione del Presidente dell'ANAC del 5 ottobre 2016.

2.12 Subappalto

Le novità introdotte dal Decreto Correttivo con riferimento al subappalto investono, in primo luogo, i poteri delle stazioni appaltanti: nella precedente versione dell'art. 105 del Codice era infatti stabilito che la facoltà di ricorrere al subappalto dovesse essere espressamente prevista dagli atti di gara; tale previsione è stata invece abrogata dal Decreto Correttivo, con la conseguenza che l'istituto in parola potrà essere utilizzato anche nel silenzio della *lex specialis* di gara.

Resta confermato il limite del 30 per cento sul valore complessivo del contratto³².

Per quel che riguarda le forniture con posa in opera e i noli a caldo, viene reintrodotta la disciplina prevista dall'art. 118 del Codice abrogato (D.Lgs. 163/2006), secondo cui: *“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; per i lavori, le attività ovunque espletate sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l’appalto”*.

La formula così (re)introdotta dal legislatore delegato restringe il perimetro di applicazione della disciplina del subappalto nei confronti di forniture con pose in opera e noli a caldo, ampliando l'ambito delle prestazioni che possono essere "subaffidate" senza applicare la disciplina del subappalto.

Secondo la formulazione previgente del Codice, infatti, forniture con pose in opera e noli a caldo non costituivano subappalto solo in presenza di entrambi i seguenti i presupposti:

- 1) valore del contratto in questione inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o inferiore al 100.000 euro, e;

²⁸ Art. 95, comma 3, lett. a), Codice.

²⁹ Art. 95, comma 10-bis, Codice.

³⁰ Art. 95, comma 14-bis, Codice.

³¹ Art. 97, comma 1 e 3-bis, Codice.

³² Art. 105, comma 2, Codice.

Newsletter

- 2) incidenza del costo della manodopera e del personale inferiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

In altri termini, nella precedente versione la disciplina del subappalto non trovava applicazione solo se entrambi i suddetti parametri risultavano inferiori all'importo o alle percentuali indicate dalla norma.

Diversamente, la formulazione introdotta dal Decreto Correttivo dovrebbe comportare che la disciplina del subappalto non trovi più applicazione se anche uno solo tra i parametri 1) e 2) - elencati *supra* - sia inferiore all'importo o alle percentuali indicate dalla norma³³.

Per fare un esempio concreto, in base alla previgente versione del Codice del 2016, un contratto di fornitura con posa in opera di valore superiore a 100.000 euro sarebbe stato sempre considerato subappalto, a prescindere dall'incidenza del costo della manodopera. Secondo la versione introdotta dal Decreto Correttivo, invece, lo stesso contratto dovrebbe essere considerato subappalto solo se l'incidenza del costo della manodopera sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Al contrario, lo stesso contratto non sarebbe assoggettato alla disciplina del subappalto, ove l'incidenza della manodopera sia inferiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

Il Decreto Correttivo estende, altresì, l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori a tutti gli appalti sopra-soglia (e non solo a quelli per i quali "*non sia necessaria una particolare specializzazione*") nonché a quelli che, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa³⁴.

Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori andrà indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista dal bando di gara.

Per gli appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie, la stazione appaltante indica nel bando o avviso di gara³⁵:

- (i) le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'art. 80 del Codice, prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori;
- (ii) i mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali³⁶.

Si segnalano altresì le innovative previsioni che, da un lato, vietano il subappalto in favore di imprese che abbiano partecipato alle medesima procedura in concorrenza con l'impresa appaltatrice³⁷, e dall'altro, escludono dall'ambito applicativo del subappalto le prestazioni, di qualsiasi natura, rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto³⁸.

2.13 Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Il Decreto Correttivo ha ampliato le ipotesi in cui è consentita la modifica di contratti durante il periodo di efficacia, senza necessità di una nuova procedura di gara, comprendendovi tutti i casi in cui il valore della modifica è inferiore sia alle soglie comunitarie che al 10 per cento del valore iniziale del contratto (se si tratta

³³ Accogliendo la prevalente interpretazione della disposizione in commento, offerta dalla giurisprudenza formatasi sotto il vigore del D.Lgs. 163/2006.

³⁴ Art. 105, comma 6, Codice. Si veda, altresì, l'art. 1, comma 53, della legge 190/2012.

³⁵ Art. 105, comma 6, Codice.

³⁶ Art. 80, comma 13, del Codice.

³⁷ Art. 105, comma 4, lett. a), Codice.

³⁸ Art. 105, comma 3, lett. c-bis, Codice.

Newsletter

di servizi e forniture) ovvero al 15 per cento del valore iniziale (nel caso di lavori)³⁹. La previgente formulazione dell'art. 106, comma 2, del Codice, circoscriveva invece tale possibilità di modifica alle sole ipotesi in cui la necessità di modificare il contratto discendesse da errori od omissioni del progetto esecutivo. Resta comunque ferma la possibilità di modifica del contratto senza necessità di una nuova procedura di gara, ove la necessità di modificare il contratto derivi da errori od omissioni del progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, con l'obbligo di rispettare le soglie di cui sopra.

2.14 Termini per l'emissione dei certificati di pagamento

Riprendendo in parte le previsioni contenute nel D.P.R. 207/2010, il nuovo art. 113-*bis* interviene sui termini per l'emissione dei certificati di pagamento, prevedendo che i certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto devono essere emessi nel termine di quarantacinque giorni dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori.

Vengono inoltre precisati i termini di rilascio del certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore, all'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, con il rinvio ai termini di cui all'art. 4, commi 2, 3, 4, 5 del D.Lgs. 231/2002.

Si prevede inoltre che nei contratti di appalto siano determinate penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di tale ammontare netto contrattuale.

2.15 Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale

Diverse sono poi le novità in tema di rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale. In primo luogo, nell'ambito dell'**accordo bonario per i lavori**, si prevede che l'impresa, in caso di rifiuto della proposta di accordo bonario ovvero di inutile decorso del termine per l'accettazione, può instaurare un contenzioso giudiziario entro i successivi sessanta giorni, a pena di decadenza⁴⁰.

Il **collegio consultivo tecnico** è abrogato⁴¹.

Inoltre, in base alla disciplina transitoria introdotta dal Decreto Correttivo, le procedure di **arbitrato** si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del Codice⁴².

2.16 Potere di raccomandazione vincolante dell'ANAC

Viene soppresso il cd. **potere di raccomandazione vincolante dell'ANAC**, previsto dall'art. 211, comma 2 del Codice. Tale norma attribuiva all'ANAC il potere di adottare, nei confronti delle stazioni appaltanti, una raccomandazione ad agire in autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti di atti illegittimi entro il termine fissato dall'Autorità stessa, nel caso in cui quest'ultima ritenesse sussistente un vizio di legittimità in un atto della procedura di gara. Nell'ipotesi di mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante, nel termine ivi indicato, la norma prevedeva l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, posta a carico del dirigente responsabile e idonea ad incidere sul sistema reputazionale della

³⁹ Art. 106, comma 2, Codice.

⁴⁰ Art. 205, comma 6-*bis*, Codice.

⁴¹ Previgente art. 207, Codice.

⁴² Art. 216, comma 22, Codice.

Newsletter

stazione appaltante interessata. Era inoltre prevista l'impugnabilità della raccomandazione dell'Autorità dinanzi al giudice amministrativo.

È nota la *querelle* sorta tra Governo e Consiglio di Stato sull'abrogazione in commento, che ha indotto il Supremo Collegio amministrativo ad evidenziare in un apposito comunicato stampa (del 21 aprile 2017) di non aver mai chiesto la soppressione della norma, ma solo una sua riformulazione. Si noti che i primi schemi del Decreto Correttivo adottati dal Governo non prevedevano l'espunzione della norma dal Codice, pertanto la decisione della sua abrogazione è avvenuta in sede di approvazione finale del decreto.

2.17 Efficacia degli strumenti di regolazione dell'ANAC

Il Decreto Correttivo stabilisce che l'ANAC indichi nei suoi cd. "strumenti di regolazione flessibile" (quali le linee guida) e negli ulteriori atti di competenza, la data in cui gli stessi acquistano efficacia, che di regola dovrà coincidere con il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e che, in casi di particolare urgenza, non può comunque essere anteriore al giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Ciò premesso, si prevede che gli atti stessi si applichino alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o gli avvisi siano pubblicati successivamente alla data di decorrenza di efficacia indicata dall'ANAC⁴³.

3. CONCESSIONI E PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

Per quanto riguarda le concessioni e i partenariati pubblico-privati ("PPP"), il Decreto Correttivo ha recepito alcune istanze del mondo finanziario già largamente applicate nella prassi.

Di seguito, si riporta una sintesi delle principali novità.

3.1 Affidamenti dei concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici

Il Decreto Correttivo modifica l'art. 164, comma 5, del Codice, specificando le norme della parte I e II applicabili ai lavori affidati a terzi da parte di concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici. Più precisamente si tratta delle norme in tema di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, ove non derogate espressamente dalle previsioni della Parte III del Codice.

3.2 Finanziamento pubblico dell'infrastruttura

Il contributo pubblico all'infrastruttura, riconosciuto a titolo di prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della P.A., è stato elevato dal 30 al 49 per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari⁴⁴.

3.3 Finanziamento privato dell'infrastruttura

Il Decreto Correttivo ha modificato l'art. 165, comma 3, del Codice, prevedendo che la sottoscrizione del contratto di concessione abbia luogo solo dopo l'approvazione del progetto definitivo e la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera, al fine di fornire un quadro più definito dei costi da finanziare.

Inoltre, il termine di dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione, per il perfezionamento del contratto di finanziamento, è stato elevato fino a diciotto mesi. L'art. 165, comma 5 del Codice viene infatti

⁴³ Al riguardo, il Decreto Correttivo precisa che, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, gli atti dell'Autorità in parola si applicano alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di decorrenza di efficacia, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

⁴⁴ Art. 165, comma 3, Codice per le concessioni e art. 180, comma 6, Codice per i PPP.

Newsletter

modificato prevedendo che la P.A. debba indicare nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento, nonché di mancato collocamento delle obbligazioni emesse dalla società di progetto di cui all'art. 185 del Codice, entro un congruo termine fissato dal bando, comunque non superiore a diciotto mesi, decorrente dalla data di sottoscrizione del contratto di concessione. Per i PPP, analoga previsione è stata replicata dal Decreto Correttivo all'art. 180, comma 7, del Codice, che richiama le previsioni in materia di concessioni.

3.4 Concessioni autostradali

L'art. 178 del Codice, in materia di concessioni autostradali, è stato modificato in più punti dal Decreto Correttivo. Innanzitutto, al primo comma, il legislatore delegato ha definito in trentasei mesi dall'entrata in vigore del Codice il termine ultimo per l'indizione delle procedure di affidamento *in house* delle concessioni autostradali scadute.

Viene, inoltre, anticipato da uno a due anni prima della scadenza della concessione il termine accordato al concedente per effettuare, in contraddittorio con il concessionario, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura al fine di ordinare, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità con gli impegni assunti convenzionalmente⁴⁵.

Il Decreto Correttivo modifica, altresì il comma 8 dell'art. 178, facendo salvi i contratti di partenariato pubblico-privato con canone di disponibilità.

Contestualmente, l'art. 180, comma 2, in materia di PPP viene integrato precisando che il contratto di partenariato può essere utilizzato per qualsiasi tipologia di opera pubblica. Per effetto di tali emendamenti, anche infrastrutture cd. "calde", come le concessioni autostradali possono pacificamente essere realizzate con canone di disponibilità, con l'effetto di non porre necessariamente a carico del concessionario il c.d. rischio traffico. Infatti, dal complesso delle disposizioni menzionate, emerge che il c.d. rischio operativo di cui all'art. 3, comma 1, lett. zz), del Codice, coincide con il rischio traffico solo per le infrastrutture non realizzate con canone di disponibilità.

In base al nuovo comma 8-*bis* dell'art. 178, inoltre, le P.A. non possono procedere all'affidamento delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'art. 183 del Codice (*i.e.*, con le procedure in finanza di progetto).

All'art. 178 viene infine introdotto il comma 8-*ter*, in forza del quale le concessioni autostradali che attraversano più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società *in house* di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite. In tal caso, il controllo analogo può essere esercitato dal Ministero stesso attraverso un comitato disciplinato da uno specifico accordo ai sensi dell'art. 15 della legge 241/1990.

3.5 Estinzione anticipata di concessioni e PPP

Il Decreto Correttivo modifica la disciplina dell'estinzione anticipata di concessioni e PPP recependo, anche in questo caso, istanze del mondo finanziario già largamente applicate nella prassi.

Innanzitutto, l'art. 176, comma 1, del Codice è stato integrato con la previsione che, nelle ipotesi dallo stesso elencate alle lettere a), b) e c) (e quindi nel caso in cui il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80 ovvero se la stazione appaltante ha violato il diritto dell'UE come accertato dalla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul Funzionamento dell'UE ovvero infine se la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi dell'art. 175,

⁴⁵ Art. 178, comma 6, Codice.

Newsletter

comma 8) la cessazione della concessione sia facoltativa (e non obbligatoria, come nella formulazione previgente), fermi restando in ogni caso i poteri di autotutela esercitabili dalla stazione appaltante.

Vengono inoltre precisati gli indennizzi riconosciuti al concessionario (o contraente di PPP) nelle seguenti ipotesi:

- (i) recesso per mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario. In tale ipotesi, si prevede che al concessionario sono dovuti gli importi di cui all'art. 176, comma 4, lett. a) e b), del Codice, ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse, con un parziale miglioramento rispetto alla precedente versione del Codice che prevedeva l'indennizzo di cui alla sola lettera a) dell'art. 176, comma 1⁴⁶;
- (ii) revoca per motivi di pubblico interesse o risoluzione per fatto del concedente, nonché cessazione d'ufficio dipendente da vizio non imputabile al concessionario. In relazione a tali ipotesi, sono stati espressamente inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse e migliorata la formulazione relativa all'importo del 10% dovuto a titolo di mancato guadagno, scarsamente comprensibile nella precedente versione e così configurata in quella attuale: *“c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione”*⁴⁷.

Inoltre:

- (i) è stato previsto espressamente il diritto del concessionario, senza pregiudizio per il pagamento degli indennizzi di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 176, comma 4, del Codice, di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, in tutti i casi di cessazione anticipata della concessione (ad eccezione della risoluzione per inadempimento del concessionario) sino all'effettivo pagamento delle suddette somme da parte del concessionario subentrante, fatti comunque salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei relativi costi⁴⁸;
- (ii) si precisa che l'art. 176 del Codice è applicabile sia alle concessioni che ai PPP e agli operatori economici titolari di tali contratti⁴⁹;
- (iii) lo *step-in right* degli enti finanziatori viene previsto come facoltà e non più come obbligo⁵⁰ e viene introdotto l'obbligo per la stazione appaltante di inserire la relativa previsione nel bando di gara⁵¹.

3.6 Finanza di progetto ad iniziativa privata

La finanza di progetto ad iniziativa privata diviene utilizzabile per qualunque tipologia di contratto di partenariato pubblico-privato (non più solo per le concessioni), in base alla nuova formulazione dell'art. 183, comma 16, del Codice. Inoltre, correggendo un refuso presente nella precedente formulazione dell'art. 183, il

⁴⁶ Art. 165, comma 6 del Codice per le concessioni e 182, comma 3 per i PPP.

⁴⁷ Art. 176, comma 4, lett. b) e c) del Codice.

⁴⁸ Art. 176, comma 5-*bis*.

⁴⁹ Art. 176, comma 10-*bis*.

⁵⁰ Art. 176, comma 8, Codice.

⁵¹ Art. 176, comma 10, Codice.

Newsletter

Decreto Correttivo ha chiarito che, in fase di proposta, il proponente dovrà presentare cauzione provvisoria e non definitiva⁵².

3.7 Contratto di disponibilità

Il Decreto Correttivo interviene altresì sull'affidamento del contratto di disponibilità, prevedendo che il bando dovrà essere pubblicato ponendo a base di gara un capitolato prestazionale predisposto dalla stazione appaltante (e non più un progetto di fattibilità)⁵³.

3.8 Contraente generale

Il legislatore delegato modifica l'art. 195 del Codice, prevedendo che l'affidamento a contraente generale sia consentito solo per importi superiori a 100 milioni di euro⁵⁴.

4. CONCLUSIONI

Il Decreto Correttivo si propone l'ambizioso obiettivo di apportare i necessari miglioramenti al Codice dei contratti pubblici entrato in vigore il 19 aprile 2016. Se, per un verso, alcune delle modifiche auspiccate dal Consiglio di Stato e dagli operatori economici sembrano aver trovato ingresso nel testo del Codice, altre, al contrario, non sono state recepite dal legislatore delegato. Starà comunque alla giurisprudenza e alla prassi che si svilupperanno valutare l'efficacia delle novità introdotte.

Il Dipartimento di Diritto Amministrativo di Legance è a disposizione per qualsiasi chiarimento ed approfondimento, anche in relazione a fattispecie specifiche.

Per ulteriori informazioni:

ALESSANDRO BOTTO

Tel. +39 06.93.18.271

abotto@legance.it

FILIPPO PACCIANI

Tel. +39 06.93.18.271

fpacciani@legance.it

oppure il Vostro professionista di riferimento all'interno di Legance.

⁵² Art. 183, comma 15, ultimo periodo, Codice.

⁵³ Art. 188, comma 3, Codice.

⁵⁴ Art. 195, comma 1, Codice.

Newsletter

LO STUDIO

Legance è uno studio legale italiano con un team di professionisti esperti, dinamici e orientati al risultato, il cui affiatamento ha reso possibile un modello organizzativo flessibile ed incisivo che, attraverso dipartimenti attivi in tutti i settori della consulenza legale d'affari, esprime il giusto equilibrio tra specialista e avvocato come consulente globale. Legance conta oltre 200 avvocati, nelle sedi di Milano, Roma e Londra. Le aree di competenza sono: Fusioni, Acquisizioni e Diritto Societario; Banking; Project Financing; Debt Capital Markets; Equity Capital Markets; Financial Intermediaries Regulation; Fondi di Investimento; Contenzioso, Arbitrati ed ADR; Ristrutturazioni e Procedure Concorsuali; Ue, Antitrust e Regolamentazione; Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali; Diritto Tributario; Diritto Amministrativo; Diritto Immobiliare; Diritto dell'Energia, Gas e Risorse Naturali; Compliance; Diritto della Navigazione e dei Trasporti; Proprietà Intellettuale; TMT (Technology, Media, Telecommunications); Diritto Ambientale; Insurance; Nuove Tecnologie; Legislazione Alimentare. Per maggiori informazioni, potete visitare il nostro sito web: www.legance.it.

DISCLAIMER

La presente Newsletter ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale. Di conseguenza, non costituisce un parere legale né può in alcun modo considerarsi come sostitutivo di una consulenza legale specifica.

INFORMATIVA EX ART. 13 D. LGS. 196/2003

La presente Newsletter è inviata esclusivamente a soggetti che hanno liberamente fornito i propri dati personali nel corso di rapporti professionali o di incontri, convegni, workshop o simili. I dati personali in questione sono trattati in formato cartaceo o con strumenti automatizzati per finalità strettamente collegate ai rapporti professionali intercorrenti con gli interessati nonché per finalità informative o divulgative ma non sono comunicati a soggetti terzi, salvo che la comunicazione sia imposta da obblighi di legge o sia strettamente necessaria per lo svolgimento dei rapporti professionali nel corso dei quali i dati sono stati forniti. Il "titolare" del trattamento dei dati è **Legance – Avvocati Associati**, con sedi in Roma, Via di San Nicola da Tolentino n. 67, 00187, Milano, Via Dante n. 7, 20123 e Londra Aldermay House, 10-15 Queen Street, EC4N 1TX. Il trattamento dei dati ha luogo presso le sedi di Legance ed è curato solo da dipendenti, collaboratori, associati o soci di Legance incaricati del trattamento, o da eventuali incaricati di occasionali operazioni di manutenzione. Qualora Lei avesse ricevuto la presente Newsletter per errore oppure desiderasse non ricevere più comunicazioni di questo tipo in futuro potrà comunicarcelo inviando un email a relazioni_esterne@legance.it. In ogni caso, Lei ha il diritto in qualunque momento di ottenere la conferma dell'esistenza dei suoi dati e di conoscerne il contenuto e l'origine, nonché di verificarne l'esattezza o chiederne l'integrazione o l'aggiornamento, ovvero la rettificazione. Lei ha inoltre il diritto di chiedere la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, nonché di opporsi in ogni caso, per motivi legittimi, al loro trattamento. Le richieste di cui sopra vanno rivolte via fax a **Legance – Avvocati Associati**, al numero +39 06 93 18 27 403.



Legance
AVVOCATI ASSOCIATI

MILANO - 20123
Via Dante, 7
T +39 02 89 63 071

ROMA - 00187
Via di San Nicola da Tolentino, 67
T +39 06 93 18 271

LONDRA - EC4N 1TX
10 - 15 Queen Street
Aldermay House
T +44 (0)20 7074 2211

info@legance.it
www.legance.it