

Il Nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni

Varato il decreto legislativo che riforma la materia in attuazione delle direttive UE 23, 24 e 25 del 2014

Il 3 marzo scorso, il Consiglio dei Ministri ha approvato in esame preliminare il decreto legislativo di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE emanate dal Parlamento europeo e dal Consiglio europeo del 26 febbraio 2014, *“sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori speciali dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché sul riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”* (di seguito anche il **“Nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni”** o **“Nuovo Codice”**).

L’approvazione finale del Nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni avverrà una volta intervenuti i pareri del Consiglio di Stato, della Conferenza unificata (che riunisce i membri della Conferenza Stato-città e autonomie locali e della Conferenza Stato-regioni) e delle Commissioni parlamentari competenti e, a partire dalla sua entrata in vigore (stimata attorno al 4 maggio), andrà a sostituire il D.Lgs n. 163/2006, nonché il relativo regolamento di esecuzione e attuazione (DPR n. 207/2010) e tutte le altre norme che, negli anni, sono intervenute in materia di appalti pubblici¹.

La disciplina dettata dal decreto di riforma è auto-applicativa; non si prevede, come in passato, un regolamento di esecuzione e di attuazione, ma delle linee guida di carattere generale, da approvare con Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti su proposta dell’Autorità Nazionale anticorruzione (ANAC) e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

Nei casi in cui è stata prevista l’emanazione di decreti amministrativi attuativi della riforma, comunque non di natura regolamentare, è stata individuata, nel regime transitorio, la valenza temporanea di alcune norme del citato regolamento di esecuzione e attuazione dell’ormai “vecchio” Codice Appalti (DPR n. 207/2010), per consentire l’immediata applicabilità della nuova normativa.

Il presente *client alert* descrive schematicamente i principali cambiamenti della disciplina e sarà seguito da un aggiornamento una volta che il Nuovo Codice sarà approvato in via definitiva e da una versione in lingua inglese.

Le principali novità per punti

- Misure a sostegno della legalità e rafforzamento del ruolo dell’ANAC
- Centralizzazione delle committenze e sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti
- Preferenza del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa
- Nuova disciplina del subappalto
- Clausole sociali
- Disciplina unitaria delle concessioni

- Documento di gara unico europeo
- Novità del sistema delle garanzie
- Qualità del progetto
- Disciplina del Partenariato pubblico privato
- Superamento della Legge Obiettivo
- *General contractor* e albo per direttori lavori e collaudatori
- Requisiti di accesso alle gare
- Criteri premiali
- Suddivisione in lotti
- Definizione delle controversie

Alcune preliminari osservazioni sulle principali novità

Misure a sostegno della legalità e rafforzamento del ruolo dell'ANAC

Numerose le disposizioni a sostegno della legalità, partendo dal rafforzamento e potenziamento del ruolo dell'ANAC nel quadro delle sue funzioni di vigilanza, di promozione e sostegno delle migliori pratiche e di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti.

L'ANAC è chiamata ad adottare atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, fornendo costante supporto nell'interpretazione e nell'applicazione del Nuovo Codice.

Centralizzazione delle committenze e sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti

È istituito presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è conseguita in rapporto alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo ed è il risultato di una valutazione positiva circa la capacità tecnico-organizzativa dell'amministrazione aggiudicatrice, sulla base di parametri obiettivi.

Le stazioni appaltanti potranno procedere in via autonoma per i beni e servizi sotto l'importo di Euro 40.000 e per i lavori sotto l'importo di Euro 150.000; oltre queste soglie si dovranno utilizzare le piattaforme informatiche delle centrali di committenza oppure, in mancanza di qualifica, si dovrà procedere all'acquisizione di forniture, servizi, lavori ricorrendo a una centrale di committenza qualificata, ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica.

Preferenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Il Nuovo Codice stabilisce che nelle procedure di aggiudicazione di appalti o concessioni il criterio guida è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio obbligatorio per i servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, per i servizi ad alta intensità di manodopera e per i contratti relativi all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura di importo superiore a Euro 40.000. La valutazione delle offerte da un punto di vista tecnico dovrà essere affidata a una commissione giudicatrice, composta da esperti inseriti nell'albo che sarà istituito presso l'ANAC.

Nuova disciplina del subappalto

I soggetti affidatari dei contratti potranno affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante, a condizione che tale facoltà sia prevista espressamente nel bando di gara.

All'atto dell'offerta si dovranno indicare i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intendono subappaltare, dimostrando l'assenza in capo ai subappaltatori, indicati espressamente, di eventuali motivi di esclusione.

Clausole sociali

I bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, con particolare riguardo a quelli relativi ad attività ad alta intensità di manodopera, possono prevedere clausole sociali, volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato e la salvaguardia delle professionalità, compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità. Si precisa che i servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto.

Disciplina unitaria delle concessioni

Per la prima volta si affronta l'istituto della concessione in modo organico.

Si definiscono le concessioni di lavori e servizi, chiarendo che le concessioni sono contratti di durata, caratterizzati dal rischio operativo in capo al concessionario in caso di mancato ritorno economico.

Si precisa che il concessionario assume il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato, tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

Si prevede, inoltre, che i soggetti privati, titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure ad evidenza pubblica, siano obbligati ad affidare una quota pari all'80% dei contratti di importo superiore a Euro 150.000 mediante gara.

Documento di gara unico europeo

Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti dovranno accettare il Documento Unico europeo (DGUE), che, a partire dal 18 aprile 2018, sarà fornito esclusivamente in forma elettronica.

Per concorrere, dunque, si presenterà una sola autodichiarazione aggiornata, come prova documentale preliminare sul possesso dei requisiti di partecipazione e qualificazione richiesti dalla stazione appaltante.

Novità del sistema delle garanzie

Con riferimento ai lavori di particolare valore, la vecchia garanzia globale è eliminata e sostituita da due diverse garanzie, rilasciate contestualmente: la garanzia definitiva, senza possibilità di svincolo, che permane fino alla conclusione dell'opera e la garanzia "extra-costi" che copre, nei limiti dei danni effettivamente subiti, i costi per le procedure di ri-affidamento, in tutti i casi in cui l'affidatario venga meno, e il maggior costo praticato dal subentrante.

Qualità del progetto

Il nuovo sistema è incentrato sulla qualità e permette di limitare il ricorso alle varianti in corso d'opera, causa principale del lievitare dei costi delle opere pubbliche. La progettazione in materia di lavori pubblici si articola su tre livelli: il nuovo progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progetto definitivo ed il progetto esecutivo, che viene posto a base di gara.

La nuova forma di progetto di fattibilità rafforza la qualità tecnica ed economica del progetto, che sarà redatto sulla base di indagini geologiche e geognostiche, di verifiche preventive dell'assetto archeologico, fermo restando che si dovrà individuare il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività.

È stata prevista la progressiva introduzione di strumenti aperti di modellazione elettronica, consentendo una migliore definizione dei progetti fin dalla prima fase.

Disciplina del Partenariato pubblico privato

Per la prima volta, l'istituto del "Partenariato pubblico privato" (PPP) è oggetto di una disciplina generale a sé stante. Si prevede che i ricavi di gestione dell'operatore economico possano provenire dal canone riconosciuto dall'ente concedente, ma anche da altre forme di contropartita economica, come l'introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.

Si disciplinano, inoltre, il "baratto amministrativo" e altri "interventi di sussidiarietà orizzontale", ossia la partecipazione della società civile alla cura di aree pubbliche o alla valorizzazione di aree e beni immobili inutilizzati, mediante iniziative culturali, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale.

Superamento della Legge Obiettivo

Si prevede il superamento della Legge Obiettivo, riconducendo la pianificazione e la programmazione delle infrastrutture e degli insediamenti ritenuti di particolare rilevanza per lo sviluppo del Paese agli strumenti ordinari, quali il Piano generale dei trasporti e della logistica e i Documenti pluriennali di pianificazione (DPP), di cui al D.Lgs n. 228 del 29 dicembre 2011.

Per la redazione del primo DPP, il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti effettua, avvalendosi della struttura tecnica di missione, una ricognizione di tutti gli interventi già compresi negli strumenti di pianificazione e programmazione vigenti e ne attua una revisione (*project review*). Per migliorare la capacità di programmazione e riprogrammazione della spesa per le infrastrutture di preminente interesse nazionale è prevista l'istituzione, al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, di specifici fondi.

In sede di prima assegnazione delle risorse, sono conservati gli impegni già assunti e le assegnazioni effettuate con delibera CIPE, fatta salva la possibilità di riprogrammazione e revoca secondo le modalità e le procedure stabilite con Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze.

General contractor e albo per i direttori di lavori e collaudatori

L'istituto del contraente generale subisce una profonda rivisitazione.

L'affidamento a *general contractor*, che non può essere responsabile unico del procedimento o direttore dei lavori, deve essere motivato dalla stazione appaltante in ragione della complessità, qualità, sicurezza ed economicità dell'opera. È eliminata la possibilità di ricorrere alla procedura ristretta e a base di gara viene posto il progetto definitivo e non più il preliminare.

Viene creato presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti un albo nazionale cui devono essere obbligatoriamente iscritti i soggetti che possono ricoprire gli incarichi di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti aggiudicati con la formula del contraente generale. Sono escluse da incarichi di collaudo e di verifica di conformità varie figure, tra le quali quelle di coloro che hanno svolto o svolgono attività di controllo, vigilanza e altri compiti sul contratto da collaudare.

Requisiti di accesso alle gare

Le nuove regole in materia di esclusione degli operatori economici presentano solo in parte un contenuto riproduttivo della disciplina già in vigore.

Si prevedono, infatti, nuove prerogative della stazione appaltante che potrà dimostrare, ai fini dell'esclusione, che l'impresa si è resa colpevole di gravi comportamenti illeciti, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Tra tali comportamenti rientrano: carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, il tentativo di influenzare un'aggiudicazione o di ottenere informazioni riservate ai fini di ottenere un proprio vantaggio.

Criteri premiali

Le amministrazioni aggiudicatrici potranno indicare nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior *rating* di legalità

dell'offerente, nonché in relazione a beni, lavori e servizi che presentano un minore impatto sulla sicurezza e salute dei lavoratori e sull'ambiente e per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione.

Suddivisione in lotti

Al fine di favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti sono tenute a suddividere gli appalti in lotti funzionali il cui valore deve essere adeguato a tale scopo. La mancata suddivisione dell'appalto in lotti dovrà essere motivata dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara o nella lettera di invito. È, inoltre, fatto divieto alle stazioni appaltanti di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.

Definizione delle controversie

Al fine di razionalizzare il processo in materia di gare pubbliche, viene introdotto un rito speciale in camera di consiglio dinanzi al TAR (Tribunale Amministrativo Regionale). In particolare, si prevede che i vizi relativi alla composizione della commissione di gara e l'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali sono immediatamente lesivi e sono ricorribili innanzi al Giudice Amministrativo, entro trenta giorni dalla pubblicazione della composizione della commissione o dell'elenco degli esclusi e degli ammessi. L'omessa impugnazione di tali provvedimenti preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di gara anche con ricorso incidentale.

Tra le soluzioni per la definizione delle controversie alternative alla tutela giurisdizionale si prevedono: l'accordo bonario, l'arbitrato, la transazione, il collegio consultivo tecnico e i pareri di precontenzioso dell'ANAC (l'ANAC si esprime, adeguatamente motivando, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, obbligando le parti ad attenersi a quanto stabilito).

Per eventuali approfondimenti e chiarimenti sul presente *Client Alert*, vi preghiamo di contattare gli autori ai recapiti di seguito indicati, ovvero gli altri vostri avvocati di riferimento di Latham & Watkins:

Antonio Coletti
antonio.coletti@lw.com
+39.02.3046.2061
Milano

Cesare Milani
cesare.milani@lw.com
+39.02.3046.2086
Milano

Gli autori ringraziano il Prof. Avv. Wladimiro Troise Mangoni (Professore di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano) per il suo contributo alla redazione di questo *client alert*.

Potrebbero anche interessarLe:

[Nuovo Regolamento UE sulla procedura d'insolvenza](#)

[Modifiche al Codice di Autodisciplina delle Società Quotate](#)

Client Alert is published by Latham & Watkins as a news reporting service to clients and other friends. The information contained in this publication should not be construed as legal advice. Should further analysis or explanation of the subject matter be required, please contact the lawyer with whom you normally consult. A complete list of Latham's *Client Alerts* can be found at www.lw.com. If you wish to update your contact details or customize the information you receive from Latham & Watkins, visit <http://events.lw.com/reaction/subscriptionpage.html> to subscribe to the firm's global client mailings program.

Note

¹ Avvalendosi di una possibilità contemplata nella Legge Delega 28 gennaio 2016, n. 11 relativa al recepimento delle citate Direttive europee, Il Governo ha recepito le direttive UE e riordinato la disciplina in materia di appalti pubblici e concessioni con un unico decreto, evitando dunque di procedere ad una riforma "in due fasi" (con "decreto di recepimento delle direttive", da adottarsi entro il 18 aprile 2016, e successivo distinto "decreto di riordino", entro il 31 luglio 2016).