

Il fatto tempo nell'applicazione dell'art. 177 del nuovo Codice appalti

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 4-8-2017

1. La formulazione letterale dell'art. 177 comma 2 D.lgs. 50/2016 conduce univocamente alla conclusione secondo cui l'obbligo di evidenza pubblica è immediatamente operativo e il termine di ventiquattro mesi è soltanto un termine finale, "entro" (e non a partire da) il quale deve essere raggiunta l'aliquota minima dell'80% di contratti affidati mediante gara. La conseguenza è che, mano a mano che i precedenti contratti vengono a scadenza, i nuovi contratti devono, sin da subito, essere affidati mediante gara.

Guida alla lettura

Il divieto di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici o privati (titolari di concessioni di lavori e servizi) di una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore ad euro 150.000, contenuto nell'art. 177 D.lgs. 50/2016, lascia margini interpretativi in ordine alla portata del periodo transitorio di cui al comma due, non essendo chiaro se il termine di 24 mesi in esso contenuto debba essere inteso come immediatamente operativo.

In buona sostanza la necessità di individuare un periodo di transizione spinge l'ordinamento a prevedere che *"le concessioni di cui al comma 1 già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente Codice"*.

In ordine alla portata di tale termine si registrano due distinte posizioni.

A parere di una prima tesi (seguita dalla pronuncia oggetto di nota) **l'obbligo di evidenza pubblica è immediatamente operativo e lo sbarramento temporale disciplinato dal Codice rappresenta il termine finale entro cui adeguarsi all'aliquota dell'80%.**

Secondo una differente ricostruzione, invece, **l'art. 177 comma 2 disciplina un termine iniziale**, a partire dal quale le parti interessate hanno l'obbligo di adeguarsi al predetto sbarramento.

L'adozione di tale tesi, tuttavia, evidenzia una netta discrepanza tra i vecchi e i nuovi concessionari, solo questi ultimi essendo gravati sin da subito dal vincolo di adeguamento.

Ciò nonostante il dibattito risulta tutt'altro che risolto.

Posta in questi termini, la pronuncia oggetto di nota offre lo spunto per qualche breve riflessione di approfondimento sullo strumento garantista dell'evidenza pubblica.

Il procedimento ad evidenza pubblica rappresenta uno strumento di garanzia attraverso il quale il contraente pubblico manifesta la propria volontà negoziale e i motivi di pubblico interesse che sorreggono la stessa.

Sebbene inizialmente risultasse posto a presidio della corretta formazione della volontà negoziale, detto strumento oggi è posto a garanzia del libero mercato e della concorrenza, a protezione quindi dell'interesse collettivo delle imprese a non essere discriminate in ragione della loro nazionalità.

Il primo dibattito interpretativo concernente la procedura ad evidenza pubblica riguarda la sua natura giuridica.

In merito tre risultano essere le ricostruzioni prospettabili: per una prima tesi **la procedura ad evidenza pubblica ha natura pubblicistica**, essendo finalizzata ad individuare l'altro contraente; a parere di un'opposta ricostruzione, invece, **la procedura ad evidenza pubblica ha natura privatistica**, essendo assimilabile ad una vera e propria trattativa negoziale; secondo una terza impostazione **la procedura ad evidenza pubblica ha natura mista**, alla fase pubblicistica accompagnandosi quella di diritto privato.

Passando alla fase di scelta del contraente aggiudicatario va rilevato che recependo il mutamento nozionistico adottato dal vecchio Codice del 2006 il nuovo Codice appalti 2016 disciplina le **procedure di scelta del contraente nei settori ordinari** secondo la regola generale per cui nell'aggiudicazione di un appalto le stazioni appaltanti possono ricorrere a procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o di un avviso di indizione di gara: nella procedura aperta la presentazione dell'offerta è estesa ad ogni operatore pubblico, mentre nella procedura ristretta tale diritto è circoscritto ai soli operatori economici invitati a farlo dalla stazione appaltante.

Vi è poi la procedura negoziata, in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici scelti e negoziano con uno o alcuni degli stessi le condizioni dell'appalto: trattasi di una forma eccezionale di individuazione del contraente manifestabile in due distinte figure, **procedure negoziate previo bando di gara** e **procedure negoziate senza previo bando di gara** (in questo caso la generalità del sistema necessariamente orientato all'attuazione del principio di concorrenza, quale garanzia del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, impone uno stringente obbligo motivazionale. Ancora, l'ordinamento disciplina il dialogo competitivo, il quale consente di coniugare la flessibilità di un dialogo preventivo con i partecipanti alle garanzie tipiche di un confronto concorrenziale. Attraverso tale procedura l'individuazione del progetto migliore passa dal coinvolgimento di tutti i soggetti privati. La procedura si articola, quindi, in distinte fasi nel corso delle quali la P.A. dapprima individua le soluzioni tecniche, giuridiche o finanziarie più idonee a soddisfare i bisogni e successivamente procede all'aggiudicazione.

Da ultimo, l'art. 65 Codice appalti delinea lo strumento del partenariato per l'innovazione,

attraverso il quale le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori provvedono a sviluppare prodotti, servizi o prodotti innovativi e/o acquisire successivamente le forniture, i servizi o i lavori, purché questi ultimi corrispondano ai livelli di prestazioni e costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti.

Discorso a parte, invece, per i meccanismi di affidamento.

Attraverso un accordo quadro la stazione appaltante mira a delineare le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un determinato frammento temporale. Trattasi di un meccanismo di affidamento del tutto nuovo per il nostro ordinamento, di matrice europea, il quale assicura una maggiore flessibilità negli appalti consentendo alla stazione appaltante di rimandare l'individuazione o l'aggiornamento di alcuni elementi del contratto ad un momento successivo rispetto a quello della sua conclusione.

Con il sistema dinamico di acquisizione il processo di acquisizione di beni e servizi viene completamente informatizzato, attraverso la gestione *on line* dell'intera procedura di aggiudicazione.

L'asta elettronica, invece, informatizza solo la presentazione e la gestione delle offerte di gara. Tale meccanismo non può essere utilizzato per gli appalti di lavori e servizi, aventi ad oggetto prestazioni intellettuali.

Da ultimo, la più importante forma di partenariato pubblico-privato è senza dubbio il *project financing* disciplinato dall'art. 3 comma 1 lett. eee): trattasi di una complessa operazione negoziale plurilaterale, in base alla quale un soggetto privato (promotore) propone alla P.A. la realizzazione di un'opera di pubblico interesse o pubblica utilità, accollandosi il relativo onere economico. Al pari di ciò che si verifica nella concessione di costruzione e gestione, quindi, la P.A. consegue il fine pubblico senza oneri finanziari.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3263 del 2017, proposto da:
Consorzio Servizi Autostradali Integrati Soc. Coop. - Csai, in persona del legale

rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Melucci, Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Società Autostrada Brescia, Verona, Vicenza, Padova s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Maccarrone, domiciliato ex art. 25 cpa presso la segreteria del Consiglio di Stato, piazza Capo di Ferro N. 13;

Agenzia del Demanio Emilia Romagna - Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Lunardi Dino Srl, Ditta Marangoni Fabio, Ditta Tessari Lucindo non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE II n. 00279/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Autostrada Brescia, Verona, Vicenza, Padova s.p.a. e dell'Agenzia del Demanio Emilia Romagna - Bologna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2017 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Lorenzo Lentini, Daniele Maccarrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso e successivi motivi aggiunti, l'odierna appellante ha impugnato innanzi al T.a.r. Veneto i provvedimenti di ammissione e la successiva aggiudicazione del servizio di sgombroneve, caricamento e spargimento cloruri miscelati lungo le Autostrade A4 Brescia Padova e A31 della Valdastico, comprese le pertinenze esterne, per il quadriennio 2016/2020 – lotto 6 – in favore del costituendo Consorzio Tessari Lucindo, Marangoni Fabio e Lunardi Dino s.r.l.

2. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe il T.a.r. ha declinato la giurisdizione, sulla base del rilievo secondo cui la società Autostrada Brescia Verona Venezia Padova s.p.a., non avendo natura di organismo di diritto pubblico, non sarebbe sottoposta all'obbligo di gara, né

tale obbligo potrebbe ricavarsi dall'art. 177, comma 1, d.lgs. n. 18 aprile 2016, n. 50, non essendo tale norma applicabile prima della scadenza del termine legale di adeguamento (24 mesi) previsto dal comma 2 dello stesso art. 177.

3. Per ottenere la riforma di detta sentenza ha proposto appello l'originaria ricorrente.

4. L'appellante deduce che Autostrada Brescia Verona Venezia Padova s.p.a. dovrebbe essere qualificata come organismo di diritto pubblico e che, anche a prescindere da tale qualificazione l'obbligo di gara discenderebbe, comunque, dall'art. 177 d.lgs. n. 50/2016.

5. Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello la società Autostrada Brescia Verona Venezia Padova s.p.a. e l'Agenzia del Demanio.

6. Alla camera di consiglio del 13 luglio 2017 la causa è stata trattenuta per la decisione.

7. L'appello merita accoglimento.

8. L'art. 177, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 ha espressamente previsto l'obbligo per i soggetti pubblici e privati titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici (già esistenti o di nuova aggiudicazione) di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica.

Dal suddetto obbligo sono escluse unicamente le concessioni (già in essere o di nuova aggiudicazione) affidate con la formula della finanza di progetto o con procedura di gara ad evidenza pubblica.

Per le concessioni già in essere (come quella di cui è titolare nel caso di specie la società Autostrada Brescia Verona Venezia Padova s.p.a.), l'art. 177 ha previsto, al comma 2, un periodo transitorio di adeguamento di ventiquattro mesi: "le concessioni di cui al comma 1 già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice".

9. La questione controversa nel presente giudizio attiene proprio all'interpretazione di questa norma transitoria e, in particolare, dell'espressione "entro ventiquattro mesi".

Il Collegio ritiene la formulazione letterale della norma conduca univocamente alla conclusione secondo cui l'obbligo di evidenza pubblica è immediatamente operativo e il termine di ventiquattro mesi è soltanto un termine finale, "entro" (e non a partire da) il quale deve essere raggiunta l'aliquota minima dell'80% di contratti affidati mediante gara. La conseguenza è che, mano a mano che i precedenti contratti vengono a scadenza, i nuovi contratti devono, sin da subito, essere affidati mediante gara.

10. La tesi alternativa recepita dal T.a.r., secondo cui il termine di ventiquattro mesi sarebbe un termine iniziale (nel senso che l'obbligo diventerebbe operativo solo dopo ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del codice), oltre a non tenere conto del dato letterale (che individua –

come si è già evidenziato – nei ventiquattro mesi un termine massimo non superabile), porterebbe anche ad un differimento irragionevole (e non predeterminabile sotto il profilo temporale) del nuovo assetto pro-concorrenziale.

Se si esclude, infatti, l'immediata operatività dell'obbligo nei primi ventiquattro mesi, per i contratti che vengono a scadenza o che vengono ex novo affidati in questo arco temporale il nuovo regime sarebbe applicabile solo a partire dalla data (di volta in volta diversa e, quindi, non predeterminabile ex ante) in cui si esaurisce il relativo rapporto contrattuale (ai ventiquattro mesi, quindi, andrebbe di fatto aggiunta la durata di volta in volta prevista dal contratto nelle more stipulato). Basti pensare, sotto questo profilo, che il contratto oggetto del presente giudizio scadrà nel 2020.

Si verrebbe, inoltre, a crea una disparità di trattamento tra nuovi concessionari (immediatamente sottoposti all'obbligo di gara) e vecchi concessionari (sottoposti solo a partire dal 19 aprile 2018), disparità difficilmente giustificabile sul piano del rispetto del principio di uguaglianza e parità di trattamento tra gli operatori economici.

11. La società Autostrada Brescia-Verona-Vincenza-Padova nella memoria difensiva contesta la tesi della immediata operatività dell'obbligo, deducendo, in senso contrario, che, se questa fosse stata l'intenzione del legislatore, la norma non avrebbe previsto un limite temporale predeterminato (di per sé inidoneo a ricomprendere la scadenza di tutti i possibili affidamenti in essere di servizi e forniture), ma al contrario e molto più semplicemente, avrebbe previsto l'obbligo di indire una procedura di evidenza pubblica per tutti i nuovi affidamenti di servizi e forniture.

La tesi non può essere accolta. Il Collegio ritiene che l'interpretazione che meglio rispecchia l'intenzione del legislatore sia proprio quella secondo l'obbligo di indire la gara è immediato per tutti i nuovi affidamenti (senza distinzione sotto questo profilo tra vecchi e nuovi concessionari) e che la finestra temporale di ventiquattro mesi riservata ai vecchi concessionari riguarda non l'obbligo di gara in quanto tale (immediatamente operativo), ma il rispetto del tetto dell'80%.

Rispetto all'obbligo di rispettare il tetto in esame, il legislatore, per i vecchi concessionari (tenendo conto del fatto dell'esistenza di affidamenti pregressi avvenuti senza gara) ha ragionevolmente previsto una periodo transitorio di adeguamento.

Il che significa che per i vecchi concessionari la verifica del rispetto del predetto limite dell'80% avverrà solo a partire dal 19 aprile 2018, secondo le modalità indicate dal comma 3 dello stesso articolo 177, che affida la verifica all'ANAC, secondo le modalità indicate dalla stessa in apposite Linee guida, prevedendo la periodicità annuale della verifica.

Per i vecchi concessionari, quindi, la prima verifica annuale dovrebbe avvenire un anno dopo l'esaurimento del periodo transitorio di ventiquattro mesi, ferma restando nelle more la immediata operatività dell'obbligo. Il che consente anche di superare l'ulteriore argomento della società appellata volto ad evidenziare che le Linee guida Anac di cui all'art. 177, comma 3, non risultano ancora adottate.

Un conto quindi è l'obbligo di rispettare il tetto dell'80% (non esigibile prima dei ventiquattro mesi per i vecchi concessionari), un conto è l'obbligo di affidare con gara i singoli contratti (immediatamente operativo anche per i vecchi concessionari).

13. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve, pertanto, essere accolto, dovendosi dichiarare, ai sensi dell'art. 133, lettera e), n. 1) c.p.a. la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, trattandosi di controversia relativa a procedure di affidamento di servizi svolte da un soggetto tenuto al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica.

In riforma della sentenza appellata, deve, dunque, dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo, con remissione della causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.

14. La novità della questione giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo e rimette la causa innanzi al primo giudice.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.