



Ordine Avvocati
di Milano

la Rivista del Consiglio

Anno 2016-2017

ANGELO LEONE

NUOVO CODICE DEGLI APPALTI:
UN'OPPORTUNITÀ PER L'AVVOCATURA

Il nuovo Codice degli appalti è certamente migliore del precedente, ma ha bisogno del contributo di tutti per dare i frutti sperati nell'uso degli investimenti delle pubbliche amministrazioni - e cioè con risorse di tutti i contribuenti - senza sprechi e senza malversazioni. C'è un bisogno diffuso di legalità, sia fra i cittadini, sia fra i professionisti e gli operatori economici, e naturalmente riguarda soprattutto le attività complesse che muovono grandi quantità di denaro pubblico, come gli appalti e le concessioni.

Gli avvocati possono dare un contributo importante, sia perché rientrano tra i professionisti ai quali la riforma e le Linee guida dell'Anac affidano compiti di rilievo; sia perché, oltre alla personale sensibilità, dispongono delle competenze tecniche e giuridiche affinché le buone intenzioni si traducano in prassi effettivamente rispettose della legalità. In questo consiste la "funzione sociale" che la legge professionale riconosce e affida all'avvocatura.

Qualità e comportamenti presenti specialmente nell'avvocatura milanese, per la lunga tradizione di iniziative di solidarietà e orientamento a beneficio delle persone e di leale collaborazione con le istituzioni, dall'Amministrazione della giustizia al Comune di Milano, che il 7 dicembre scorso, nella cerimonia degli "Ambrogini", ha suggellato questa dedizione con il riconoscimento più ambito: il conferimento all'Ordine dell'Attestato di civica benemerenzza.

Appalti e Ambrogino possono sembrare lontani fra loro, ma l'obiettivo della legalità perseguita dai primi e attestata dai secondi rende chiaro lo stretto collegamento che esiste fra loro, con l'Ordine e con gli avvocati.

Il d.lgs. 50/2016, di riordino della disciplina dei contratti pubblici di appalto, affianca il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa a quello del massimo ribasso⁽¹⁾ e attribuisce un ruolo centrale all'Autorità nazionale anticor-

(1) Ai sensi dell'art. 95, comma 4, d.lgs. 50/2016, può infatti essere utilizzato il criterio del minor prezzo per: a) lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; b) servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; c) servizi e forniture di importo inferiore alla soglia prevista all'articolo 35 del nuovo Codice, caratterizzata da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

ruzione (Anac). Le stazioni appaltanti debbono aggiudicare gli appalti e affidare i concorsi di progettazione e idee, sulla base dell'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo, e nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stato introdotto per impedire che la pubblica amministrazione - nell'acquisto di lavori, servizi o forniture, per soddisfare esigenze interne o per offrire servizi e infrastrutture all'utenza - persegua esclusivamente un risparmio sui costi, senza tenere in considerazione ulteriori criteri c.d. oggettivi, relativi agli aspetti qualitativi, ambientali e sociali connessi all'appalto.

La valutazione tecnica ed economica dei predetti elementi è affidata a una commissione giudicatrice⁽²⁾, composta da esperti nello specifico settore oggetto del contratto, individuati tra gli iscritti Albo nazionale obbligatorio tenuto dall'Anac⁽³⁾. L'iscrizione all'Albo è subordinata, oltre che alla «comprovata competenza e professionalità» nei diversi settori contrattuali, al possesso di precisi requisiti di compatibilità e moralità.

A questo ambito l'Anac ha dedicato ben due linee guida, sulle sei finora adottate: la Linea guida n. 2 (approvata con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016) prevede che la stazione appaltante definisca gli obiettivi che intende perseguire, l'importanza attribuita a ciascuno di essi e i criteri di attribuzione dei punteggi, affinché la commissione giudicatrice, alla luce dei criteri oggettivi sopra richiamati, possa individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa; e la Linea guida n. 5 (approvata con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016) contiene invece i «Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici».

Questa seconda delibera indica, fra l'altro, i requisiti dei professionisti che

(2) Art. 77. Commissione di aggiudicazione. 1. Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. [...]

(3) Art. 78. Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici. 1. È istituito presso l'Anac, che lo gestisce e lo aggiorna secondo criteri individuati con apposite determinazioni, l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Ai fini dell'iscrizione nel suddetto albo, i soggetti interessati devono essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto, secondo i criteri e le modalità che l'Autorità definisce in un apposito atto, valutando la possibilità di articolare l'Albo per aree tematiche omogenee, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice. Fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo, si applica l'articolo 216, comma 12.

chiedono l'iscrizione all'Albo, e cioè gli avvocati e gli appartenenti alle altre "professioni regolamentate": a) almeno cinque anni di iscrizione all'albo dell'ordine o del collegio professionale. Tuttavia, nel caso di affidamenti di particolare complessità, l'anzianità professionale dovrà essere di 10 anni; b) aver adempiuto agli obblighi formativi, e cioè aver conseguito i crediti della formazione continua, disciplinata dall'art. 7 del d.p.r. 137/2012; c) assenza nell'ultimo triennio di sanzioni disciplinari, a partire dalla censura fino alle più gravi, ovvero di una precedente cancellazione; d) essere in regola con gli obblighi previdenziali; e) possedere la copertura assicurativa obbligatoria prevista dallo stesso d.p.r. 137/2012, per la copertura di danni all'amministrazione aggiudicatrice, anche in conseguenza di richieste risarcitorie di terzi; f) aver svolto, nell'ultimo triennio, almeno tre incarichi nel settore per il quale si chiede l'iscrizione. Tuttavia, nel caso di affidamenti di particolare complessità, il numero degli incarichi sale a cinque. Tra gli incarichi oggetto di valutazione, oltre a quelli tipici dell'attività svolta, rientrano anche le funzioni di responsabile unico del procedimento, di commissario di gara, direttore dei lavori o direttore dell'esecuzione. È valutabile anche il possesso di un titolo di formazione specifica (master, dottorato, Phd) nelle materie relative alla contrattualistica pubblica.

Oltre ai requisiti testé richiamati sono previsti "Requisiti di moralità e compatibilità" enunciati dalla linea guida, che impediscono l'iscrizione o la permanenza nell'Albo a chi sia incorso in una condanna penale, anche non definitiva o patteggiata, per una serie di gravi reati; o in una condanna definitiva non inferiore a due anni per qualsiasi delitto non colposo; ovvero sia destinatario di una misura di prevenzione prevista dal codice antimafia. L'art. 77, comma 6 pone, anche a chi sia già iscritto, ulteriori condizioni limitative nell'attribuzione o nell'accettazione degli incarichi, in caso di sopravvenuta condanna, anche non definitiva, per uno dei delitti contro la Pubblica amministrazione sanzionati dal Codice penale; o per aver concorso, con dolo o colpa grave, all'approvazione di un atto illegittimo in un precedente incarico. È infine doveroso astenersi quando si configuri il conflitto d'interessi previsto dall'art. 42 dello stesso codice degli appalti; ovvero una delle situazioni per le quali il Codice civile (art. 51) preveda l'obbligo di astensione del giudice⁽⁴⁾.

(4) Art. 77. Commissione di aggiudicazione. [...] 6. Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice. Sono altresì esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi. [...]

Una volta superati tutti gli ostacoli in larga parte comprensibili e doverosi, bisogna riconoscere che la partecipazione all'Albo dal quale, di volta in volta, saranno scelti i componenti delle commissioni giudicatrici rappresenta per gli avvocati una significativa opportunità professionale, e offre loro la possibilità di contribuire a una maggiore trasparenza, a beneficio di tutta la collettività. La partecipazione dell'avvocatura è vista con particolare favore dall'Autorità nazionale anticorruzione, che consente di attestare il possesso dei requisiti con una certificazione rilasciata dall'Ordine di appartenenza⁽⁵⁾.

Le opportunità professionali non finiscono qui, perché un intero capo del titolo sul Contenzioso nel nuovo Codice degli appalti, è dedicato ai rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: accordi bonari, transazioni e arbitrati (artt. 205-211). Il contributo degli avvocati alla risoluzione delle conflittualità non rappresenta più solo un'occasione per ottenere riconoscimenti, ma costituisce una nuova prospettiva professionale, per un'avvocatura sempre più consapevole del proprio ruolo sociale. La classe forense dovrà dunque dimostrarsi pronta a raccogliere anche questa nuova sfida del legislatore, il quale, nel cercare di disegnare un sistema sempre più snello, guarda con fiducia alla categoria e gli affida nuove deleghe. Sta all'avvocatura mostrare di meritare questa fiducia.

(5) Linea guida n. 5, paragrafo 4. Modalità di iscrizione [...] all'Albo. 4.1 I candidati in possesso dei requisiti di esperienza, di professionalità e di onorabilità sopra descritti possono iscriversi all'Albo, secondo le modalità e i tempi previsti dall'Autorità nel proprio regolamento. La dichiarazione del possesso dei requisiti di moralità avviene compilando formulari standard predisposti dall'Autorità. 4.2 I candidati si iscrivono accedendo direttamente al sito dell'Anac, all'indirizzo comunicato con successivo atto, riempiendo i campi obbligatori e facoltativi e caricando la documentazione richiesta, inclusa copia di un documento di riconoscimento. Alla domanda deve essere allegato un indirizzo PEC per le successive comunicazioni. 4.3 I candidati possono, in alternativa alla documentazione a comprova dei requisiti di esperienza e professionalità, presentare al momento della registrazione una certificazione del proprio stato rilasciata, su domanda, dall'ordine, collegio, associazione professionale o amministrazione di appartenenza, che attesti il possesso dei predetti requisiti di cui al punto 2. Tale certificazione rileva ai fini della verifica del possesso dei requisiti richiesti per l'iscrizione. 4.4 L'iscrizione all'Albo sarà possibile nelle date indicate dall'Autorità, con apposita comunicazione. A cadenze prestabilite sarà possibile procedere con nuove iscrizioni. 4.5 L'Autorità procede alla verifica, a campione, sulla correttezza e sul mantenimento nel tempo di quanto autodichiarato per l'iscrizione, anche avvalendosi dell'ausilio del Corpo della Guardia di Finanza, ai sensi dell'art. 213, comma 5, del Codice. 4.6 L'Autorità procede altresì alla verifica dei requisiti di cui al paragrafo 3.1. al momento dell'indicazione dei sorteggiati nella lista dei candidati forniti alla stazione appaltante, anche avvalendosi dell'ausilio del Corpo della Guardia di Finanza, ai sensi dell'art. 213, comma 5, del Codice.