

Data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici

di Cesare Caturani

Data di pubblicazione: 1-11-2016

1. Il d. lgs. n. 50/2016 si applica ad una procedura il cui bando è stato pubblicato sulla G.U.R.I. successivamente al 19 aprile 2016, giorno della sua entrata in vigore, anche se la pubblicazione del medesimo sulla G.U.C.E. sia avvenuta in una data a questa precedente (1).

(1) Comunicato del Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione dell’11 maggio 2016

Guida alla lettura

Nella sentenza in esame il T.A.R. affronta la questione relativa al regime giuridico da applicare ad una procedura di gara nella quale, mentre la pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea è avvenuta prima del 19 aprile 2016, data di entrata in vigore del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la pubblicazione del medesimo sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana è avvenuta successivamente a tale giorno, quindi nella vigenza del nuovo codice.

Si ricorda che sul punto si era espresso il Comunicato del Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione dell’11 maggio 2016, affermando la perdurante applicazione delle disposizioni del d. lgs. n. 163/2016 per tutti gli avvisi e i bandi pubblicati entro il 19 aprile 2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie e secondo le modalità indicate dal relativo art. 66 in combinato disposto degli artt. 122 e seguenti: ci si riferiva, cioè, alle pubblicazioni effettuate sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea, sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana o, laddove previsto, nell’Albo Pretorio o nel profilo del committente.

In altri termini, secondo l’ANAC qualsiasi forma di pubblicazione intervenuta prima della data di entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016 sarebbe stata sufficiente per garantire l’ultrattività del “vecchio” codice dei contratti pubblici

Diversamente, nella sentenza in commento, il Tribunale ha ritenuto di privilegiare una chiave interpretativa più aderente al dato positivo, considerando come, proprio l'avvenuta pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in vigenza del d. lgs. n. 163/2006, implichi l'applicazione del principio di cui al suo art. 66, co. 8, in forza del quale è solamente dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana che si verifica la produzione dei conseguenti effetti giuridici in ambito nazionale.

Tale ricostruzione viene corroborata, a giudizio del T.A.R., da quanto oggi stabilito dall'art. 73, co. 4 del d. lgs. n. 50/2016, secondo cui, sino all'adozione del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC sugli indirizzi generali di pubblicazione previsto dal medesimo comma, trova applicazione il successivo art. 216, co. 11, che collega alla pubblicazione in GURI di avvisi e bandi il momento di produzione degli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale.

Ne consegue, nella fattispecie, che la procedura avrebbe dovuto essere disciplinata dal d. lgs. n. 50/2016, derivandone l'annullamento dei relativi atti, viceversa, imperniati sull'impianto e le prescrizioni del "vecchio" codice.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 422 del 2016, proposto da:

S.G.S. Società Gestione Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile e Adriano Cavina, domiciliato ex art. 25 cpa presso la Segreteria del TAR Emilia Romagna in Bologna, Strada Maggiore 53;

contro

Intercent-ER - Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via G. Vaccaro 6;

Regione Emilia Romagna, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 423 del 2016, proposto da:

Meranese Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Marzot e Massimiliano Brugnoletti, la prima anche domiciliataria in Bologna, via Santo Stefano 43;

contro

Intercent-ER - Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via G. Vaccaro 6;

Regione Emilia Romagna, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 422 del 2016:

del bando, pubblicato sulla GURI n.46 del 22 aprile 2016 con cui l'Agenzia Regionale Intercent-ER ha indetto la gara a procedura aperta per la stipula di una convenzione - quadro ai sensi dell'art.21 l.r. 24 maggio 2004 n.11 per l'affidamento del servizio di pulizia igiene ambientale e altri servizi per le Aziende Sanitarie USL di Imola Parma e Piacenza, l'Azienda Ospedaliera di Parma e di Modena e Istituto Ortopedico Rizzoli;

del disciplinare di gara, del capitolato tecnico, dello scherma di convenzione;

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, compresa la delibera di indizione della gara, la progettazione del servizio e l'approvazione dei relativi atti, sconosciuti negli estremi e nel contenuto;

quanto al ricorso n. 423 del 2016:

del bando di gara finalizzato alla stipula di una convenzione per l'affidamento del servizio di pulizia igiene ambientale ed altri servizi per le Aziende Sanitarie dalla Regione Emilia Romagna pubblicato sulla GURI in data 22 maggio 2016;

del disciplinare di gara,

del capitolato speciale *in parte qua*;

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali compresa la deliberazione di indizione della gara.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli di costituzione in giudizio di Intercent-ER;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2016 la dott.ssa Rosalia Maria Rita Messina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. A) La società SGS Società Gestione Servizi s.r.l. impugna, con il primo dei ricorsi in epigrafe, gli atti che disciplinano la gara per l'affidamento del servizio di pulizia per le AUSL della Regione Emilia Romagna, ovvero il bando di gara, il disciplinare, il capitolato speciale *in parte qua*, lo schema di convenzione.

La durata del servizio è prevista in cinque anni, per un valore di € 114.950.000,00.

La gara è divisa in tre lotti di diverso valore, corrispondenti a tre aree territoriali.

Parte ricorrente sostiene l'illegittimità della legge di gara deducendo, con unico articolato motivo, diverse censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Intercent-ER si è costituita in resistenza, contestando le deduzioni avversarie.

B) Con il secondo dei ricorsi in epigrafe anche la società Meranese Servizi s.p.a. impugna gli atti che disciplinano la medesima gara, segnatamente il bando, il disciplinare, il capitolato speciale *in parte qua*.

Tra i requisiti di partecipazione è previsto il possesso, con riferimento al triennio 2013 – 2014 – 2015, di un fatturato precisamente quantificato per ciascun lotto e relativo a due o più contratti aventi per oggetto servizi di pulizia presso strutture sanitarie pubbliche o private.

Parte ricorrente contesta la legge di gara essenzialmente sotto tre profili:

- a) la divisione della gara in tre soli lotti;
- b) il requisito del possesso di un fatturato triennale che ritiene eccessivo;
- c) il requisito del fatturato riferito a servizi identici.

Dato l'elevato valore dell'appalto e la misura del fatturato richiesto, la Meranese Servizi sostiene che la partecipazione non le sarebbe consentita.

Si è costituita in resistenza Intercent-ER, contestando le deduzioni avversarie.

Con ordinanza n. 194/2016 l'istanza cautelare avanzata in ricorso è stata respinta.

Il Consiglio di Stato (III Sezione, ord. n. 3646/2016) ha respinto in parte l'appello proposto dalla Meranese Servizi avverso la decisione cautelare su menzionata, accogliendolo limitatamente alla statuizione sulle spese.

Alla pubblica udienza dell'11 ottobre 2016 entrambe le cause sono state trattenute in decisione.

2. I ricorsi in epigrafe, con i quali vengono impugnati gli atti del medesimo procedimento di evidenza pubblica, vengono riuniti per essere decisi con unica sentenza, attesa l'evidente connessione fra essi.

Con il ricorso n. 422/2016 la SGS innanzitutto contesta la mancata applicazione alla gara in questione del nuovo codice dei contratti pubblici, osservando che, ai sensi dell'art. 216 di detto testo normativo, alle gare i cui bandi sono stati pubblicati in data successiva all'entrata in vigore del codice stesso, si applica la disciplina recente. Il bando di cui trattasi è stato pubblicato in GURI il 22 aprile 2016, quindi in data successiva all'entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016 (19 aprile 2016).

Ciò implicherebbe l'imprevedibilità dell'esito della gara e quindi la violazione del principio di affidamento, tenuto conto delle notevoli differenze tra la disciplina previgente e quella attualmente vigente.

La giurisprudenza ha affrontato il problema della pubblicità dei bandi in relazione al momento iniziale di applicazione di una nuova disciplina.

Orbene, è stato ritenuto, con riguardo a questione analoga (applicabilità del nuovo testo dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006, nel quale è stato introdotto dal d.l. 90/2014 il comma 2-bis), che, ai sensi dell'art. 66/8 del (vecchio, ovviamente) codice dei contratti, *«gli effetti giuridici che l'ordinamento riconnette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana»* (cfr.: TAR Veneto, I, n. 1575/2011; *Idem*, n. 1791/2011, confermata da Cons. Stato, n. 6028/2014; TAR Lombardia – Brescia, II, n. 201/2015).

Irrilevante, dunque, ai fini qui considerati, deve ritenersi la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, avente mera valenza accessoria della successiva pubblicazione (per altro per estratto) sulla GURI. Pertanto, stando alla norma in questione, ai fini degli effetti giuridici ricollegati alla pubblicità (quale indubbiamente quello dell'applicabilità delle nuove disposizioni) il riferimento temporale da tenere in considerazione sarebbe quello dell'avvenuta pubblicazione del bando nella GURI che, nel caso in esame, è avvenuta senz'altro dopo la data di entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016.

Nel caso che stiamo trattando la pubblicazione in GUCE è avvenuta nella vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici, la pubblicazione in GURI successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016.

Il nuovo codice così disciplina la pubblicazione dei bandi a livello nazionale (come testualmente si legge nella rubrica dell'art. 73):

«1. Gli avvisi e i bandi di cui agli articoli 70, 71 e 98 non sono pubblicati in ambito nazionale prima della pubblicazione a norma dell'articolo 72. Tuttavia la pubblicazione può comunque avere luogo a livello nazionale qualora la stessa non sia stata notificata alle amministrazioni aggiudicatrici entro quarantotto ore dalla conferma della ricezione dell'avviso conformemente all'articolo 72.

2. Gli avvisi e i bandi pubblicati a livello nazionale non contengono informazioni diverse da quelle contenute negli avvisi o bandi trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o pubblicate sul profilo di committente, ma menzionano la data della trasmissione dell'avviso o bando all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o della pubblicazione sul profilo di committente.

3. Gli avvisi di preinformazione non sono pubblicati sul profilo di committente prima della trasmissione all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea dell'avviso che ne annuncia la pubblicazione sotto tale forma. Gli avvisi indicano la data di tale trasmissione.

4. Fermo restando quanto previsto all'articolo 72, gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono definiti gli indirizzi generali di pubblicazione al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata. Il predetto decreto individua la data fino alla quale gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel presente codice, avviene esclusivamente in via telematica e non comporta oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti. Fino alla data indicata nel decreto di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 11.

5. Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC. »

A questo punto potrebbero in astratto sostenersi due opposte tesi:

a) che fino all'entrata in vigore del regolamento volto a disciplinare le modalità di pubblicazione dei bandi sulla piattaforma telematica dell'ANAC continuano ad applicarsi i principi elaborati in relazione all'art. 66/8 del vecchio codice, dovendosi fare applicazione del comma 11 dell'art. 216 del nuovo codice, secondo il quale *«Fino alla data indicata nel decreto di cui all'articolo 73, comma 4, gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella*

Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti. Fino alla medesima data (omissis) ... gli effetti giuridici di cui al comma 5 del citato articolo 73 continuano a decorrere dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale» (questa è, in estrema sintesi, la tesi della S.G.S.);

b) che detto comma undicesimo dell'art. 216 non prevede la pubblicazione in GURI come centrale e che la data di pubblicazione utile ai fini della validità del bando è una qualunque pubblicazione, come per altro affermato in un comunicato ANAC dell'11 maggio 2016.

Orbene, il Collegio ritiene che da un lato proprio l'avvenuta pubblicazione del bando in GUCE sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti comporta che il principio cui far riferimento al fine di stabilire a quale tipo di pubblicazione agganciare la produzione degli effetti giuridici è la norma del vecchio codice, ovvero l'art. 66/8 del medesimo, che riconnette alla pubblicazione in GURI la produzione di effetti giuridici in ambito nazionale (si veda anche la giurisprudenza su richiamata).

Inoltre, è dirimente la considerazione che, secondo la proposizione finale del comma quarto dell'art. 73 del d. lgs. n. 50/2016, fino alla data indicata nel decreto previsto dal medesimo comma si applica l'articolo 216, comma 11, che chiaramente riconnette la produzione di effetti giuridici in ambito nazionale alla pubblicazione in GURI fino alla predetta data, poiché fino alla stessa data gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella GURI, serie speciale relativa ai contratti.

Stabilito, quindi, alla luce delle premesse su esposte, che la pubblicazione rilevante ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie, in quanto vigente a tale momento, è esclusivamente quella nella GURI, la gara in questione non poteva non essere disciplinata dal nuovo testo del codice dei contratti.

Ne consegue che la disciplina di gara è illegittima sotto il radicale profilo considerato, sicché, in accoglimento del ricorso in esame, gli atti impugnati devono essere annullati.

3. Il travolgimento degli atti costituenti la legge di gara non può non giovare anche alla società Meranese Servizi, la quale ha impugnato la disciplina di gara sotto altri profili.

L'accoglimento del ricorso n. 422/2016 R.G. per l'assorbente profilo considerato implica insomma il venir meno dell'interesse alla decisione in capo alla Meranese Servizi, tenuto conto degli inevitabili riflessi dell'annullamento della disciplina di gara sugli atti successivi e quindi anche sull'esclusione dalla gara, dovendo questa in ogni caso essere rinnovata a partire dal bando e dagli altri atti che contengono la disciplina della procedura di evidenza pubblica; sicché, in conclusione, il ricorso n. 423/2016 R.G. va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse processuale ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

Le spese, in relazione a entrambi i ricorsi, possono essere compensate, tenuto conto del comunicato ANAC dell'11 maggio 2016 al quale si è uniformata l'amministrazione.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, così statuisce:

- 1) riunisce i ricorsi in epigrafe;
- 2) accoglie il ricorso n. 422/2016, per l'effetto annullando gli atti impugnati;
- 3) dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse processuale il ricorso n. 423/2016;
- 4) compensa le spese.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Rosalia Maria Rita Messina, Consigliere, Estensore

Maria Ada Russo, Consigliere