

I NODI NORMATIVI PER L'APPLICAZIONE DEI CAM

Avv. Mattia Casati
Studio Legale Galbiati, Sacchi e Associati

Milano – 17 maggio 2017

ARGOMENTI TRATTATI

- **L'art. 34 del Codice dei contratti pubblici alla luce delle novità del Primo Correttivo**
- **La mancata applicazione dei CAM in sede di elaborazione degli atti di gara: le forme di tutela**
- **La valutazione delle offerte in sede di gara: la competenza della Commissione giudicatrice**
- **I rimedi nel caso di mancata applicazione dei CAM in fase esecutiva dell'appalto**

*L'art. 34 del Codice dei contratti pubblici alla
luce delle novità del Primo Correttivo*

L'art. 34 del Codice dei Contratti

Le novità introdotte dal Primo Correttivo

Il nuovo comma 2, inserito dopo il parere delle Commissioni Parlamentari allo schema di decreto

I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso dei contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adequati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

L'art. 34 del Codice dei Contratti

Le novità introdotte dal Primo Correttivo

I testi a confronto

I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1 sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso dei contratti relativi ai servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale, scolastica e sociale di cui all'articolo 95, comma 3, lettera a), e dei contratti relativi ai servizi di ristorazione di cui all'articolo 144, il suddetto decreto può stabilire che l'obbligo di cui al comma 1 si applichi anche per una quota inferiore al 50 per cento del valore a base d'asta. Negli altri casi il medesimo obbligo si applica per gli affidamenti di qualunque importo, per almeno il 50 per cento del valore a base d'asta, relativamente alle categorie di forniture e affidamenti non connesse agli usi finali di energia e oggetto dei criteri ambientali minimi, mentre si applica per l'intero valore delle gare, relativamente alle categorie di appalto con le quali si può conseguire l'efficienza energetica negli usi finali quali:

- a) acquisto di lampade a scarica ad alta intensità, di alimentatori elettronici e di moduli a LED per illuminazione pubblica, acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica;
- b) attrezzature elettriche ed elettroniche d'ufficio, quali personal computer, stampanti, apparecchi multifunzione e fotocopiatrici;
- c) servizi energetici per gli edifici, servizio di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento di edifici;
- d) affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici e per la gestione dei cantieri della pubblica amministrazione.

L'art. 34 del Codice dei Contratti

Le novità introdotte dal Primo Correttivo

L'applicazione della previsione relativa
alla ristrutturazione

Comma 2: la norma risulta introdurre previsioni che modulano la concreta applicazione della nuova disposizione all'assunzione di adeguati criteri da parte del Ministero dell'Ambiente

Comma 3: la norma impone l'obbligo di applicazione dei CAM per i quali siano state assunte apposite previsioni relativamente all'oggetto dell'affidamento

L'art. 34 del Codice dei Contratti

Le novità introdotte dal Primo Correttivo

La previsione relativa alla
ristrutturazione

Nella relazione illustrativa alle modifiche al Codice non era prevista la possibilità di modulare l'applicazione dei CAM in relazione a particolari categorie di appalti o interventi

La relazione illustrativa offriva un'indicazione di scelta legislativa finalizzata alla piena applicazione dei CAM, sempre e comunque



Eliminazione delle percentuali applicative contenute nel «vecchio» art. 34

L'art. 34 del Codice dei Contratti

Le novità introdotte dal Primo Correttivo

L'applicazione della previsione relativa
alla ristrutturazione

Prima ipotesi di lettura: I CAM, nel caso di interventi di ristrutturazione, non trovano applicazione

A) Il comma 3 pone una regola di carattere generale che rende obbligatorio il rispetto dei CAM varati dal Ministero dell'Ambiente

B) In materia edilizia il Ministero ha varato i CAM (D.M. 11 gennaio 2017)

C) I CAM previsti dal D.M. 11 gennaio 2017 non sono allo stato operativi in quanto mancano gli «adeguati criteri» in relazione alla tipologia di intervento e alla localizzazione

L'art. 34 del Codice dei Contratti

Le novità introdotte dal Primo Correttivo

L'applicazione della previsione relativa
alla ristrutturazione

Seconda ipotesi di lettura: I CAM, nel caso di interventi di ristrutturazione, trovano applicazione

A) Il comma 3 pone una regola di carattere generale che rende obbligatorio il rispetto dei CAM varati dal Ministero dell'Ambiente

B) In materia edilizia il Ministero ha varato i CAM (D.M. 11 gennaio 2017)

C) In attesa degli «adeguati criteri» in relazione alla tipologia di intervento e alla localizzazione, occorre comunque effettuare un'applicazione «orientata» dei CAM

L'art. 34 del Codice dei Contratti

Le novità introdotte dal Primo Correttivo

L'applicazione della previsione relativa
alla ristrutturazione

Elementi per una possibile prima lettura applicativa del nuovo art. 34 alla luce del
D.M. 11 gennaio 2017

Art. 3, comma 1, lett. d) T.U. Edilizia: "interventi di ristrutturazione edilizia", gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti. Nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica nonché quelli volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza. Rimane fermo che, con riferimento agli immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni, gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove sia rispettata la medesima sagoma dell'edificio preesistente

L'art. 34 del Codice dei Contratti

Le novità introdotte dal Primo Correttivo

L'applicazione della previsione relativa
alla ristrutturazione

Elementi per una possibile prima lettura applicativa del nuovo art. 34 alla luce del
D.M. 11 gennaio 2017

A) I punti 2.3.3 (prestazione energetica), 2.3.3 (approvvigionamento energetico), 2.3.4 (risparmio idrico), 2.3.5 (Qualità ambientale interna), 2.6.3 (Sistemi di monitoraggio) nel rinviare alla definizione del D.M. 26 giugno 2015, qualificano la demolizione con ricostruzione come nuova costruzione

C) Punto 2.3.4.: Nel caso di manutenzione/ristrutturazione di edifici tale criterio è applicato laddove sia tecnicamente possibile

B) Prima di procedere ad un appalto di lavori pubblici [...] è necessario verificare attraverso una relazione redatta da un professionista abilitato e iscritto agli albi o registri professionali, se non sia possibile recuperare edifici esistenti, riutilizzare aree dismesse o localizzare l'opera pubblica in aree già urbanizzate/ degradate/ impermeabilizzate, anche procedendo a varianti degli strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica

L'art. 34 del Codice dei Contratti

Le novità introdotte dal Primo Correttivo

L'applicazione della previsione relativa
alla ristrutturazione

*Elementi per una possibile prima lettura applicativa del nuovo art. 34 alla luce del
D.M. 11 gennaio 2017*

Valutazione del progettista che metta in evidenza la qualificazione dell'intervento al fine di verificare se si rientri, nel caso di demolizione e ricostruzione, nella definizione di nuova costruzione o di ristrutturazione

Nel caso di qualificazione in termini di ristrutturazione edilizia, la valutazione preliminare richiesta al progettista potrebbe dare conto, sulla scorta delle circostanze concrete e su un piano tecnico, le ragioni connesse alla tipologia di intervento e alla localizzazione dell'opera che possono ragionevolmente portare ad una mitigazione dell'applicazione integrale dei CAM

*La mancata applicazione dei CAM in sede di
elaborazione degli atti di gara: le forme di
tutela*

La mancata applicazione dei CAM negli atti di gara

Cosa succede nel caso di mancata applicazione dei CAM negli atti di gara?

La procedura di gara presenta un vizio di illegittimità consistente nella violazione dell'art. 34, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016

Tale vizio potrebbe essere modulato anche nella figura dell'eccesso di potere qualora, con riferimento ad interventi di ristrutturazione e si valutasse come praticabile la lettura coordinata sopra esaminata, non fosse adeguatamente giustificata l'applicazione ridotta dei CAM

La mancata applicazione dei CAM negli atti di gara

Chi può sollevare contestazioni rispetto alla mancata applicazione dei CAM?

Per stabilire chi sono i soggetti che possono contestare gli atti di gara che violano i CAM occorre prendere in considerazione il **profilo dell'interesse**

È principio generale, soprattutto per quel che riguarda la tutela giurisdizionale, che non sussiste interesse all'annullamento di un atto amministrativo facendo valere la sola violazione in sé. Non ha quindi rilevanza la sola esigenza che l'amministrazione adotti atti conformi alle norme applicabili.

Occorre allora qualcosa di più

Interesse specifico ad una determinata procedura di gara – operatore economico

Interesse specifico ma qualificabile come interesse collettivo/diffuso, tenuto conto dell'obiettivo per i quali sussiste la disciplina dei CAM?

La mancata applicazione dei CAM negli atti di gara

Chi può sollevare contestazioni rispetto alla mancata applicazione dei CAM?

Interesse specifico – operatore economico



La più recente evoluzione giurisprudenziale sembra aprire a possibili spazi di censura immediata degli atti di gara

Se invece si segue l'impostazione giurisprudenziale tradizionale (Consiglio di Stato Ad. Plen 1/2003) il bando non sarebbe immediatamente applicabile, se non a fronte della prova dell'imposizione di prestazioni o adempimenti incomprensibili o eccessivamente gravosi

La mancata applicazione dei CAM negli atti di gara

Chi può sollevare contestazioni rispetto alla mancata applicazione dei CAM?

Interesse specifico – operatore economico

La più recente evoluzione giurisprudenziale

Consiglio di Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 1738 (su OEPV e minor prezzo)

Sussiste un «“diritto” dell’operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un’offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello “sconto”»

Ordinanza del TAR Liguria di rimessione alla Corte di Giustizia n. 263 del 29 marzo 2017

Le regole comunitarie in materia di contestazione degli atti di gara «ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un’altissima probabilità di non conseguire l’aggiudicazione

La mancata applicazione dei CAM negli atti di gara

Chi può sollevare contestazioni rispetto alla mancata applicazione dei CAM?

Interesse collettivo/diffuso? – Il tema è aperto

- In alcune situazioni è stata affermata la possibilità di impugnazione da parte di un ente esponenziale di una categoria di soggetti se dotato di adeguata rappresentatività (Caso annullamento norme del DPR 207/2010 sulla qualificazione obbligatoria – Cons. Stato, Commissione speciale, Parere 26 giugno 2013, n.3014)
- Rispetto alle associazioni ambientaliste, è stato affermato che il riferimento alla tutela dell'ambiente deve essere inteso in senso ampio (Caso impugnazione atti di natura urbanistica – Cons. Stato Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36)
- Tuttavia, se la tutela è indirizzata ad un bene specifico ed individuato, vi è il rischio di carenza di interesse (Caso impugnazione atti relativi alla procedura di sponsorizzazione per i lavori riguardanti il Colosseo – Cons. Stato, Sez. VI, 31 luglio 2013, n. 6648)

La mancata applicazione dei CAM negli atti di gara

La vigilanza di ANAC

Un nuovo strumento rispetto alla corretta applicazione dei CAM è offerto dall'art. 213, comma 9, del Codice dei contratti pubblici

La sezione centrale dell'Osservatorio provvede a monitorare l'applicazione dei criteri ambientali minimi di cui al decreto di cui all'articolo 34 comma 1 e il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal Piano d'azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della pubblica amministrazione

Non opererà più, a partire dal 20 maggio 2017, il potere specifico di raccomandazione alle stazioni appaltanti che ANAC aveva in base all'art. 211, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016 originario. Tale norma è stata infatti abrogata dal D. Lgs. n. 56/2017

La valutazione delle offerte in sede di gara: la competenza della Commissione giudicatrice

I nuovi compiti delle commissioni di aggiudicazione

Riepilogo dei compiti della commissione rispetto allo svolgimento della gara

Alla luce anche delle indicazioni risultanti dalle Linee Guida ANAC n. 5, la Commissione svolge i seguenti compiti:

- *Apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica. Si tratta, a ben vedere, di una attività che potrebbe rientrare nel campo dei compiti di amministrazione attiva. Se infatti dall'apertura delle offerte emergessero profili di esclusione (ad esempio per evidente e lampante commistione con l'offerta economica), la Commissione dovrebbe arrestare il proprio operato e rimettere gli atti nelle mani del RUP. È quindi prudente che tale attività venga compiuta con il RUP;*
- *Valutazione delle offerte in seduta riservata;*
- *Eventuali segnalazioni / informative ad ANAC e Procura della Repubblica;*
- *In seduta pubblica, lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche e apertura delle buste contenenti le offerte economiche e loro valutazione. Anche in tal caso appare prudente la presenza del RUP per lo svolgimento di eventuali compiti di amministrazione attiva;*
- *Individuazione delle offerte anomale (o segnalazione di offerte incongrue) per l'avvio della relativa verifica da parte del RUP;*
- *Trasmissione al RUP degli atti di gara per la formulazione della proposta di aggiudicazione.*

La disciplina dell'albo nella Linea guida ANAC

Atto I° *I requisiti di iscrizione*

Le Linee Guida ANAC n. 5 del 16 novembre 2016 hanno «ottemperato» a quanto previsto dall'art. 78 del D. Lgs. n. 50/2016 che ha istituito l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici

Le Linee Guida n. 5 sono tuttavia solo l'Atto I° dell'effettiva attuazione dell'art. 78 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

I prossimi passi previsti da ANAC

Atto II°

Regolamento per la trasmissione dei documenti per l'iscrizione



+ 6 mesi dal 3/12/2016

Atto III°

Deliberazione di operatività dell'Albo



+ 3 mesi dalla pubblicazione del Regolamento

La disciplina dell'Albo nella Linea Guida ANAC

I requisiti di professionalità per l'iscrizione all'Albo

Professionisti (con ordine)

- *Iscrizione all'ordine o collegio da almeno 5 anni o 10 per affidamenti di particolare complessità*
- *Rispetto degli obblighi formativi*
- *Assenza di sanzioni disciplinari nell'ultimo triennio*
- *Regolarità obblighi previdenziali*
- *Copertura assicurativa obbligatoria*
- *Svolgimento nell'ultimo triennio di 3 o 5 incarichi nel settore per cui si chiede l'iscrizione*

Professionisti (senza ordine)

- *Appartenenza ad associazione o abilitazione o svolgimento attività da almeno 5 anni o 10 per affidamenti di particolare complessità*
- *Eventuale svolgimento di obblighi di formazione permanente*
- *Assenza di sanzioni disciplinari (solo se presente un'associazione)*
- *Regolarità obblighi previdenziali*
- *Certificato conformità UNI per la singola professione se esistente*
- *Possesso di copertura assicurativa (a carico del dipendente)*
- *Svolgimento di 3 o 5 incarichi nel settore per cui si chiede l'iscrizione*

Dipendenti amministrazioni aggiudicatrici

- *Requisiti dei professionisti O in alternativa*
- *Dipendenze di una P.A. da almeno 5 anni o 10 per affidamenti di particolare complessità*
- *Abilitazione alla professione se prevista*
- *Assenza di sanzioni disciplinari*
- *Possesso di copertura assicurativa (a carico del dipendente)*
- *Svolgimento di 3 o 5 incarichi nel settore per cui si chiede l'iscrizione*

Professori universitari

- *Svolgimento attività nel settore di riferimento da 5 anni o da 10 anni per affidamenti di particolare complessità*
- *Assenza di sanzioni disciplinari*
- *Possesso di copertura assicurativa*
- *Svolgimento di 3 o 5 incarichi nel settore per cui si chiede l'iscrizione*

La disciplina dell'Albo nella Linea Guida ANAC

Tre temi (aperti) relativi ai requisiti di iscrizione

A

Il riferimento ad un'esperienza di almeno 10 anni per affidamenti di particolare complessità non può essere, allo stato, un requisito di iscrizione, dato che le sottosezioni di cui si compone l'Albo non tengono conto della particolare complessità o meno dell'affidamento

B

I requisiti di iscrizione non offrono alcuna indicazione sulla specifica competenza del commissario a valutare appieno il rispetto dei CAM che, come visto, sono divenuti obbligatori in via generalizzata in base all'art. 34, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici

C

Vi potrebbe essere una forma di disparità di trattamento tra l'onere per i progettisti di essere «accreditati» (secondo le specificazioni offerte dalle FAQ del Ministero dell'Ambiente in materia di CAM in edilizia – punto 2.6.1) e i commissari di gara per i quali, ad oggi, non è previsto alcunché

I rimedi nel caso di mancata applicazione in concreto dei CAM

La mancata applicazione dei CAM in fase esecutiva

Cosa succede nel caso di mancata applicazione dei CAM in fase di esecuzione dell'appalto?

I rimedi offerti dal Codice dei Contratti Pubblici possono essere sia preventivi, sia di reazione ad un inadempimento dell'appaltatore

Rimedi preventivi

Il RUP e il Direttore Lavori, nell'ambito delle rispettive specifiche competenze, dovranno verificare che le previsioni di carattere progettuale e le obbligazioni contrattuali assunte siano puntualmente poste in essere ed adempiute dall'appaltatore, assumendo se del caso ordini di servizio per orientare al meglio l'esecuzione dei lavori

Rimedi postumi

Il RUP e il Direttore Lavori, nell'ambito delle rispettive specifiche competenze, potranno contestare ipotesi di inadempimento, diffidando l'appaltatore a porvi rimedio, e, nei casi più gravi, avviare il procedimento di risoluzione del contratto secondo quanto previsto dall'art. 108 del Codice dei Contratti