



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016

NUMERO AFFARE 00464/2016

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo.

Schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11;

LA COMMISSIONE SPECIALE

Vista la relazione prot. n. 9299 del 7 marzo 2016, con la quale il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull’affare consultivo in oggetto;

visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 40 del 12 marzo 2016, che ha istituito la Commissione speciale per la trattazione dell'affare in questione;

visti i contributi dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI), di Accredia, dell'Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (aiscat), dell'Alleanza delle Cooperative Italiane, dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE), dell'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici (ANIA), dell'Associazione Nazionale Imprese Edili Manifatturiere (ANIEM), della Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), della Confederazione Italiana Sindacati Lavoratori (CISL), della Confederazione Nazionale dell'Artigianato e della Piccola e Media Impresa (CNA), del Consiglio Nazionale degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC), dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della Confartigianato, della Confindustria, della Federazione Industrie e Costruzioni (FINCO), del Consiglio Geometri e Geometri Laureati, del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, dell'Associazione Rete Professioni Tecniche (RPT), dell'Unione Italiana del Lavoro (UIL), dell'Associazione Nazionale Società Organismo di Attestazione (UNIONSOA) e dell'Unione Province d'Italia (UPI), trasmessi in allegato alla richiesta di parere dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con nota prot. n. 9299 del 7 marzo 2016;

visti altresì:

il contributo di Confindustria trasmesso direttamente al Consiglio di Stato in data 18 marzo 2016;

il contributo di UNA (Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti) trasmesso direttamente al Consiglio di Stato in data 21 marzo 2016;

Considerato che nell'adunanza del 21 marzo 2016, presenti anche i Presidenti aggiunti Luigi Maruotti, Luigi Carbone, Rosanna De Nictolis, Marco Lipari, Francesco Caringella, Carlo Saltelli, la Commissione Speciale ha esaminato gli atti e udito i relatori, consiglieri Gerardo Mastrandrea, Carlo Deodato, Roberto Giovagnoli, Claudio Contessa, Elio Toscano, Nicola Gaviano, Vincenzo Lopilato, Fabio Franconiero,

Luigi M. Tarantino, Massimiliano Noccelli, Claudio Boccia e Giancarlo Luttazi;

PREMESSO E CONSIDERATO

Sommario:

I) Contesto ordinamentale

- I.a) Quadro normativo nazionale alla vigilia della nuova codificazione
- I.b) Le tre nuove direttive
- I.c) La legge delega n. 11/2016
- I.d) Il nuovo “codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”

II) Profili di carattere generale

- II.a) Il rapporto tra direttive, legge delega, decreto delegato. Il divieto di *gold plating* tra competitività e altri valori costituzionali
- II.b) La completezza del recepimento
- II.c) La conformità del decreto delegato ai principi e criteri direttivi della delega
- II.d) Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni
- II.e) Codificazione, semplificazione, qualità della regolazione “formale”, chiarezza del linguaggio normativo
- II.f) Codificazione, semplificazione, qualità della regolazione “sostanziale”; riduzione degli oneri; monitoraggio
- II.g) L’implementazione del codice; tipologia, natura e regime giuridico dei suoi atti attuativi
- II.h) I decreti correttivi
- II.i) La fase transitoria

III) Gli istituti che richiedono particolare riflessione

- III.a) Ambito di applicazione del codice (art. 1, codice)
- III.b) Contratti esclusi e affidamenti sotto soglia (artt. 4 e 36 codice)
- III.c) Centralizzazione della committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37 ss. codice)
- III.d) Requisiti morali, requisiti reputazionali, *rating* di impresa, premialità e penalità, qualificazione degli operatori economici, soccorso istruttorio, coordinamento con la disciplina antimafia (artt. 80 e ss. codice)
- III.e) Offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95 codice)
- III.f) Qualità della progettazione e separazione tra progettazione ed esecuzione (artt. 23, 24, 180, 183 codice)
- III.g) Dibattito pubblico e partecipazione dei portatori di interessi (art.

22)

III.h) Appalti della protezione civile (art. 163 codice)

III.i) Appalti nei settori speciali

III.l) Concessioni e partenariati, contraente generale, infrastrutture strategiche

III.m) Affidamenti *in house*, procedure di scelta del socio, società pubbliche

III.n) Precontenzioso e contenzioso

IV. Esame dei singoli articoli.

I) Contesto ordinamentale

I.a) Quadro normativo nazionale alla vigilia della nuova codificazione

I.a).1. I contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture sono una voce particolarmente significativa della spesa pubblica, con una duplice implicazione:

- costituiscono una leva importante della politica economica e sociale di un Paese, e questo esige una regolamentazione flessibile che lasci spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti e che consenta il pronto recepimento di strumenti negoziali innovativi;

- sono particolarmente sensibili a pratiche corruttive e fenomeni di inquinamento del mercato da parte della criminalità organizzata, e questo ha comportato in passato, e continua a comportare, l'esigenza di regole di prevenzione *ex ante* e di strumenti di controllo *ex post*.

Nell'approccio eurounitario, i contratti pubblici sono regolati nell'ottica di una adeguata tutela della concorrenza e del mercato, al fine di abbattere le barriere nazionali, e nella prospettiva dell'uso dei contratti pubblici al fine di una corretta allocazione delle risorse comunitarie e di una crescita sostenibile, mediante semplificazione e flessibilità.

Nella prospettiva nazionale, avuto riguardo alle specificità del contesto italiano, tali obiettivi vengono coniugati con quelli della prevenzione delle pratiche corruttive e delle infiltrazioni della criminalità organizzata.

I.a).2. La materia dei contratti pubblici presenta carattere di trasversalità e di incursione da un lato in altri ambiti codificati del diritto amministrativo, dall'altro lato in ambiti regolatori diversi dal diritto amministrativo in senso stretto, inserendosi e coordinandosi con ambiti del diritto civile, del diritto penale, del diritto del lavoro. Questo ha implicazioni, come si vedrà, sotto il profilo del necessario armonico inserimento del presente codice nel tessuto del vigente ordinamento, in termini di coerenza del

linguaggio e uniformità degli istituti giuridici.

I.a).3. In Italia i contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture sono stati finora regolati dal d.lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) e dal d.P.R. n. 207/2010 (regolamento di esecuzione e attuazione del codice), oltre a una serie di altri atti normativi, primari o secondari, per specifici settori (appalti della difesa, nei settori della sicurezza, relativi a beni culturali; codice del processo amministrativo quanto alla tutela giurisdizionale).

A sua volta, il codice del 2006 ha rappresentato al tempo stesso un'operazione di recepimento di due direttive comunitarie del 2004 (nn. 17 e 18), relative, rispettivamente, ai settori ordinari (comprendenti anche limitate regole per le concessioni di opere pubbliche e per le concessioni di servizi) e ai settori speciali, nonché di riordino delle previgenti disposizioni sparse in una serie numerosa di atti normativi primari e secondari.

Il codice del 2006 si è sostituito, come è noto, alla c.d. legge Merloni del 1994, plurimodificata nel corso degli anni, nata in un contesto politico connotato dalla nota vicenda "tangentopoli", che aveva fatto ritenere necessario intervenire sugli appalti pubblici con norme di assoluto rigore, volte a limitare ogni spazio di discrezionalità delle stazioni appaltanti.

A sua volta il codice del 2006 non ha recepito tutti gli strumenti di regolamentazione flessibile consentiti dalle direttive del 2004, nella logica delle peculiarità del contesto italiano. E del resto, ancor prima che alcuni istituti flessibili da esso previsti entrassero in vigore, gli stessi furono congelati ad opera di un decreto legge e, a seguire, del primo e del secondo decreto legislativo correttivi (a cavallo degli anni 2006-2007).

I.a).4. Il codice del 2006, nonostante la clausola di "riserva di codice" in esso contenuta, è stato nell'arco di 10 anni sino ad oggi plurimodificato, non di rado con norme eccentriche contenute in altri atti normativi.

In particolare il codice è stato modificato, da 52 atti normativi (senza includere in tale numero le leggi di conversione di decreti legge, che a loro volta hanno introdotto ulteriori disposizioni); nonché da sei regolamenti comunitari che hanno modificato le soglie economiche con effetto direttamente modificativo del codice [Si ricordano, oltre ai tre decreti legislativi correttivi (rispettivamente: d.lgs. n. 6/2007; 113/2007; 152/2008), i seguenti **49** provvedimenti normativi statali modificativi, per un totale di **52**: d.l. n. 173/2006; l. n. 296/2006; d.P.R. n. 90/2007; l. n. 123/2007; l. n. 124/2007; l. n. 244/2007; d.l. n. 207/2008; d.l. n. 78/2009; l. n. 69/2009; l. n. 94/2009; l. n. 99/2009; d.l. n. 135/2009;

d.lgs. n. 53/2010; d.lgs. n. 104/2010; d.l. n. 34/2011; d.l. n. 70/2011; d.lgs. n. 58/2011; d.l. n. 95/2011; l. n. 180/2011; d.lgs. n. 195/2011; d.l. n. 201/2011; d.lgs. n. 208/2011; d.l. n. 1/2012; l. n. 3/2012; d.l. n. 5/2012; d.l. n. 16/2012; d.l. n. 52/2012; d.l. n. 83/2012; d.l. n. 95/2012; d.lgs. n. 169/2012; d.l. n. 179/2012; l. n. 190/2012; d.l. n. 35/2013; d.l. n. 69/2013; d.l. n. 101/2013; d.l. n. 145/2013; l. n. 147/2013; d.l. n. 150/2013; d.l. n. 47/2014; d.l. n. 64/2014; d.l. n. 66/2014; d.l. n. 83/2014; d.l. n. 90/2014; d.l. n. 91/2014; d.l. n. 133/2014; l. n. 161/2014; d.l. n. 192/2014; d.l. n. 210/2015; l. n. 221/2015. Inoltre le soglie sono state modificate dai seguenti regolamenti comunitari: 1422/2007; 1177/2009; 1251/2011; 1336/2013; 2341/2015; 2341/2015].

Di queste 52 fonti statali, solo in tre casi si è trattato dei fisiologici decreti legislativi correttivi (nell'arco del primo biennio); nel solo anno 2012 il codice è stato modificato con otto atti normativi, di cui sette decreti legge; nell'anno 2014 è stato modificato da nove atti normativi di cui otto decreti legge.

I.a).5. La stratificazione e frammentazione normativa, in una con il difetto di un congruo periodo di riflessione e decantazione normativa, ha comportato il sovrapporsi di regimi transitori, il determinarsi di incertezza applicativa, l'aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per le imprese, soprattutto piccole e medie.

La giurisprudenza amministrativa e l'Autorità di vigilanza sono state chiamate a dirimere incertezze e contrasti applicativi.

La sola adunanza plenaria del Consiglio di Stato, preposta all'esercizio della funzione nomofilattica in caso di contrasti giurisprudenziali, ha reso 48 decisioni in materia di appalti, computando solo quelle rese a partire dal 2011, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo.

I.a).6. Il quadro normativo italiano risulta pertanto, alla vigilia del recepimento delle nuove direttive, estremamente complesso; esso conta, solo sommando codice e regolamento generale, 630 articoli e 37 allegati [In particolare il codice del 2006, nato con 257 articoli e 22 allegati, conta ora 271 articoli e 22 allegati, calcolando aggiunte e sottrazioni successive (aggiunti: artt. 6-bis; 68-bis; 79-bis; 112-bis; 160-bis; 160-ter; 169-bis, 199-bis; 237-bis; 240-bis; 243-bis; 245-bis; 245-ter; 245-quater; 245-quinquies; 246-bis; 251-bis; abrogati: artt. 154, 155, 246-bis); il regolamento consta di 359 articoli e 15 allegati].

Il complesso normativo costituito dal codice del 2006 e dal regolamento n. 207/2010 non è tuttavia nemmeno esaustivo dell'intera

materia, dovendosi tener conto anche:

a) di normative statali settoriali che danno luogo a “microsistemi”: p. es. appalti nel settore della difesa e sicurezza, d.lgs. n. 208 del 2011; appalti dei soggetti preposti ai servizi di informazione e sicurezza; regolamenti settoriali quali quelli per gli appalti della difesa e dei beni culturali;

b) di molteplici norme statali sparse;

c) e, soprattutto, delle legislazioni regionali in materia, avuto riguardo alla competenza esclusiva per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano, e a quella concorrente delle altre Regioni (in limitati ambiti materiali del codice dei contratti).

Sono pertanto contemporaneamente vigenti 7 corpi legislativi organici, tanti quanti sono i Regolatori italiani aventi competenza legislativa esclusiva in materia (Stato, Regioni a statuto speciale, Province autonome). A tanto devono sommarsi gli atti legislativi di 15 Regioni ordinarie che in vario modo toccano la materia, anche non di rado sconfinando in ambiti riservati allo Stato, come comprova il nutrito contenzioso davanti alla Corte costituzionale.

I.a).7. La legislazione anteriore alla presente codificazione, oltre a presentare complessità e articolazione sul piano delle fonti, è connotata da complessità sul piano soggettivo (sono state censite oltre 32.000 stazioni appaltanti) e sul piano procedurale (per il proliferare di procedure di gara diverse dai modelli comunitari), che si traduce in incertezza delle regole e conseguente elevata mole di contenzioso, diviso tra:

- giudice amministrativo per la fase di gara; il contenzioso degli appalti pesa per una elevata percentuale del complessivo contenzioso (v. dati AIR);

- giudice ordinario/arbitri per la fase di esecuzione;

- giudice contabile, quanto a controllo su e responsabilità dei soggetti pubblici che a vario titolo intervengono nella programmazione, progettazione, affidamento, esecuzione dei contratti;

- giudice penale, in ordine all'accertamento e repressione degli illeciti penali perpetrati in fase di affidamento e esecuzione (delitti contro la pubblica amministrazione, infiltrazioni criminali nelle gare, turbative d'asta, frodi e reati ambientali nell'esecuzione contrattuale).

Le stesse regole legali di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, non sempre di facile e chiara applicazione, determinano non di rado incertezze applicative e contrasti di soluzioni giurisprudenziali, che costituiscono fattore di rallentamento dei giudizi.

I.b) Le tre nuove direttive

I.b).1. In tale contesto, le tre nuove direttive comunitarie (23, 24 e 25 del 2014), nell'ambito della c.d. strategia Europa 2020, si pongono obiettivi ambiziosi che possono così sintetizzarsi:

- rendere più efficiente l'uso dei fondi pubblici, che, come noto, vengono ordinariamente allocati attraverso contratti pubblici; per tale obiettivo occorrono procedure improntate a canoni di semplificazione, flessibilità, correttezza;
- garantire la dimensione europea del mercato dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture, assicurando la tutela della concorrenza, vietando pratiche discriminatorie, tutelando anche le piccole e medie imprese;
- fare un uso strategico degli appalti pubblici, come strumento di politica economica e sociale, promuovendo l'innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela ambientale, obiettivi sociali, quali la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti pubblici e l'impiego nel lavoro dei soggetti svantaggiati;
- promuovere la lotta alla corruzione attraverso procedure semplici e trasparenti, rimuovendo le incertezze normative.

I.b).2. Tali obiettivi vengono declinati dalle tre nuove direttive, oltre che attraverso gli strumenti e gli istituti già contenuti nelle direttive del 2004, attraverso alcune significative novità:

- una disciplina sistematica delle concessioni di beni e servizi, affidata a una specifica e autonoma direttiva;
- strumenti di aggiudicazione innovativi e flessibili, quali il partenariato per l'innovazione e un più ampio impiego del dialogo competitivo;
- strumenti elettronici di negoziazione e aggiudicazione;
- utilizzo generalizzato di forme di comunicazione elettronica;
- centralizzazione della committenza;
- preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- suddivisione in lotti;
- appalti relativi ai servizi sociali;
- criteri di sostenibilità ambientale nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti;
- rafforzata tutela dei subappaltatori;
- introduzione del documento unico europeo di gara;
- disciplina dei conflitti di interesse;
- risoluzione dell'appalto, anche a distanza notevole di tempo, per stigmatizzare gravi violazioni commesse in sede di aggiudicazione.

I.c) La legge delega n. 11/2016

I.c).1. La legge delega n. 11 del 2016, persegue, sul piano dello strumento, la codificazione delle disposizioni di recepimento delle direttive e di quelle di riordino complessivo della materia, e sul piano degli obiettivi, quello della semplificazione e accelerazione delle procedure salvaguardando al contempo valori fondamentali quali la trasparenza, la prevenzione della corruzione e della infiltrazione della criminalità organizzata, la tutela ambientale e sociale.

I.c).2. La delega introduce, rispetto alle direttive, ulteriori strumenti e istituti inediti, che, se ben declinati, potranno portare effettiva trasparenza e efficienza in un mercato non immune da vischiosità burocratica e illegalità.

I.c).3. Si tratta di una delega “lunga” e puntuale, articolata in 59 distinte lettere, alcune sub-articolate in numeri, per un totale di 71 principi di delega. Ben diversa dalla sintetica delega che fu alla base del codice n. 163/2006, articolata in quattro principi (art. 25, l. n. 62/2005).

I.c).4. Sotto il profilo del recepimento delle direttive, la delega contiene criteri che ricalcano gli obiettivi delle direttive e i nuovi istituti sopra elencati.

I.c).5. Sul piano formale, la legge delega richiede l'adozione di “*un unico testo normativo*”, da denominarsi “*codice*” (art. 1, comma 1), e impone che si tratti di un codice snello, dovendosi assicurare una “*ricognizione e riordino del quadro normativo*” e “*una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni*”, per un “*più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti*” (art. 1, comma 1, lett. d), legge delega).

I.c).6. Sul piano sostanziale, la legge delega demanda al Governo di recepire le direttive nel rispetto del divieto del *gold plating* (vale a dire il “*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*” (art. 1, comma 1, lett. a), legge delega), e di recepire gli strumenti di regolamentazione flessibile introdotti dalle direttive (art. 1, comma 1, lett. f) legge delega) (sulla derogabilità del divieto di *gold plating* a opera del legislatore delegato v. par. II.a).

I principi direttivi della delega in tema di raccolta in un unico testo normativo e di divieto di oneri non essenziali, rispondono all'obiettivo della qualità della regolazione intesa in senso formale e sostanziale (v. *amplius* par. II.e e II.f).

In tale prospettiva di semplificazione e efficienza, la delega impone anche maggiore flessibilità per i contratti sotto la soglia comunitaria,

chiedendo di coniugare “*massima semplificazione e rapidità dei procedimenti*”, con la salvaguardia dei “*principi di trasparenza e imparzialità della gara*” (art. 1, comma 1, lett. g) e lett. ii) della legge delega) e impone l’implementazione di istituti flessibili e innovativi, segnatamente il partenariato pubblico privato, non solo con una “*razionalizzazione*” delle sue declinazioni già note quali la finanza di progetto e la locazione finanziaria, ma anche mediante una “*estensione*” ad altre “*forme*” (art. 1, comma 1, lett. ss), legge delega).

I.c).7. Tuttavia, dopo aver posto i principi di semplificazione, flessibilità, recepimento dei livelli minimi di regolazione, la legge delega opera essa stessa alcune deroghe al divieto di *gold plating*, introducendo alcuni principi direttivi improntati a maggior rigore (sulla legittimità di tale opzione v. par. II.a).

I.c).8. Si coglie la portata assolutamente innovativa di alcuni principi di delega:

a) la trasparenza, digitalizzazione e accessibilità piena agli atti (art. 1, comma 1, lett. q), n. 2, legge delega); obiettivo coerente con le riforme *in itinere* del codice dell’amministrazione digitale e del “*decreto trasparenza*” (il c.d. *Freedom of information act* italiano);

b) la centralizzazione obbligatoria della committenza, che muove dalla specificità del contesto italiano, connotato dall’esistenza di oltre 32.000 stazioni appaltanti; in tale obiettivo la delega prosegue in una scelta politica avviata già negli scorsi anni, senza trascurare l’esigenza di assicurare, a fronte delle grandi centrali di committenza, la tutela delle piccole e medie imprese (art. 1, comma 1, lett. dd) e cc) legge delega);

c) la qualificazione obbligatoria per le amministrazioni che vogliono svolgere le funzioni di stazione appaltante (art. 1, comma 1, lett. bb), legge delega);

d) la istituzione di un albo dei commissari di gara presso l’ANAC, a cui le stazioni appaltanti dovranno attingere per la istituzione delle commissioni di gara (art. 1, comma 1, lett. hh), legge delega);

e) la separazione tendenziale tra progettazione ed esecuzione, la introduzione di istituti e strumenti volti a garantire la qualità progettuale e la corretta verifica progettuale (art. 1, comma 1, lett. oo), lett. rr), e la necessità che nelle forme di partenariato siano determinate “*modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria*” (art. 1, comma 1, lett. tt), legge delega);

f) le regole specifiche per alcune tipologie di appalti, per ragioni

(i) di tutela dell’unicità del patrimonio artistico-culturale italiano

- (appalti relativi ai beni culturali; art. 1, comma 1, lett. o), legge delega);
- (ii) di carattere sociale (servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, servizi ad alta intensità di manodopera) (art. 1, comma 1, lett. d) e art. 1, comma 1, lett. gg);
- (iii) di lotta alla corruzione (appalti della protezione civile, art. 1, comma 1, lett. l), legge delega, e contratti segreti, art. 1, comma 1, lett. m), legge delega).
- g) il *rating* di legalità, i criteri reputazionali, il sistema di penalità e premialità per gli operatori economici (art. 1, comma 1, lett. q), n. 5) e lett. uu);
- h) i conti dedicati imposti agli operatori economici (art. 1, comma 1, lett. q), n. 4);
- i) il soccorso istruttorio (art. 1, comma 1, lett. z), in ciò proseguendosi un percorso già avviato con il d.l. n. 90/2014;
- l) le limitazioni ai poteri del contraente generale e il rafforzamento dei controlli pubblici (art. 1, comma 1, lett. ll) e mm), legge delega);
- m) il superamento della c.d. legge obiettivo (art. 1, comma 1, lett. sss), legge delega);
- n) l'introduzione di principi concorrenziali per le concessioni, anche già affidate, mediante l'obbligo di esternalizzazione di una elevata percentuale degli affidamenti e la scansione temporale per l'avvio delle gare in relazione alle concessioni in scadenza;
- o) l'introduzione del dibattito pubblico, per assicurare la partecipazione delle collettività locali alle scelte di localizzazione delle grandi opere aventi rilevante impatto sull'ambiente e sul contesto socio-economico (art.1, comma 1, lett. qqq), legge delega);
- p) una *governance* efficiente ed efficace attraverso la cabina di regia presso la P.C.M. e il rafforzato ruolo dell'ANAC che coniuga i compiti di autorità anticorruzione e di vigilanza e regolazione del mercato degli appalti pubblici.

I.c).9. In sintesi, la legge delega coglie il recepimento delle tre direttive come occasione e sfida per un ripensamento complessivo del sistema degli appalti pubblici in Italia, in una nuova filosofia che coniuga flessibilità e rigore, semplificazione ed efficienza con la salvaguardia di insopprimibili valori sociali e ambientali.

Si tratta di una sfida storica affidata a un delicato equilibrio in cui è assolutamente indispensabile tenere insieme “*il combinato disposto*” degli istituti e strumenti previsti, di cui ciascuno non può essere disgiunto da altri, pena il fallimento degli obiettivi perseguiti.

Così, in sintesi, e come meglio si esporrà:

- un codice “snello” che lasci ampio spazio a atti attuativi, necessita che gli atti attuativi siano chiari, conoscibili, tempestivi, coordinati tra loro;
- la maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti postula che si operi con immediatezza la riduzione del loro numero, la centralizzazione della committenza, la loro qualificazione rigorosa, e che strumenti di controllo e monitoraggio siano effettivi e efficaci;
- il combinato disposto della suddivisione in lotti con la maggior flessibilità delle regole per gli appalti sotto soglia, aumentando considerevolmente “la cifra economica” degli affidamenti sotto soglia, postula un assoluto rigore dei controlli e trasparenza delle procedure, e non consente arretramenti sul piano della tutela giurisdizionale.

I.d) Il nuovo “codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”

I.d).1. A questa sfida storica si arriva, oggi, con il nuovo “codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione” (su tale nome si rinvia a quanto si dirà alla fine del presente paragrafo) trasmesso a questo Consiglio di Stato per il suo parere, in data 7 marzo 2016, dopo l’approvazione preliminare nel Consiglio dei Ministri del 4 marzo 2016.

La legge delega reca la data 28 gennaio 2016 ed è stata pubblicata in G.U. il 29 gennaio.

Il termine assegnato dalla delega per il recepimento delle tre direttive coincide con il termine che le direttive assegnano ai legislatori nazionali per il loro recepimento: 18 aprile 2016.

Secondo la delega, il Governo avrebbe potuto effettuare in due tempi le operazioni di recepimento delle direttive e di riordino complessivo, rispettivamente entro il 18 aprile e entro il 31 luglio 2016; la delega ha lasciato tuttavia al Governo l’opzione di operare recepimento e riordino contestualmente, con il termine unico, in tal caso, del 18 aprile 2016 (art. 1, primo periodo, legge delega).

Meritoriamente, in una prospettiva di maggior chiarezza e semplificazione, il Governo ha optato per la seconda soluzione.

Il progetto di codice costituisce, pertanto, al contempo, recepimento delle direttive e riordino dell’intera materia.

Essendo la delega del 28 gennaio 2016 e scadendo il termine per la sua attuazione il 18 aprile 2016, è evidente la ristrettezza dei tempi entro cui il Governo è chiamato a redigere un testo complesso e articolato.

Ristretti sono anche i tempi per l’emissione dei pareri, peraltro da

rendersi contestualmente e non in consecuzione come di regola (20 giorni per i pareri del Consiglio di Stato e della Conferenza unificata, 30 giorni per i pareri delle competenti Commissioni parlamentari di Camera e Senato).

I.d).2. Il presente codice dei contratti pubblici costituisce un codice settoriale nell'ambito del diritto amministrativo.

Si tratta del primo codice di tale natura varato nella presente legislatura.

Va guardata con assoluto favore la ripresa della “*stagione dei codici*” di diritto amministrativo, strumento essenziale per imprese e cittadini, per assicurare completezza e chiarezza delle regole.

Una codificazione richiede tuttavia un periodo adeguato di ricognizione delle norme e della giurisprudenza, ricostruzione, confronto con gli operatori del settore, al fine di confezionare regole chiare, univoche, ben coordinate.

Nel caso odierno, un maggior tempo avrebbe consentito di meglio supportare le sfide della delega.

Il testo del codice risente dei tempi ristretti, e presenta pertanto inevitabili incoerenze sistematiche, refusi, disposizioni non ben coordinate, imprecisioni lessicali e di recepimento, essendo mancata, verosimilmente, una pausa di ponderazione e rilettura complessiva dell'articolato.

Su tale testo si concentrano attese, e aspettative, degli operatori economici del settore e delle stazioni appaltanti.

Quanto più esso riuscirà a essere chiaro e completo, tanto più avrà raggiunto gli obiettivi di semplificazione del quadro regolatorio, di certezza delle regole, di prevenzione e riduzione del contenzioso.

I.d).3. Il Consiglio di Stato, orienterà il proprio apporto consultivo in una triplice direzione:

- a) esaminerà alcune questioni di carattere generale, non al fine di una (non necessaria in questa sede) ricostruzione dogmatica, bensì con l'obiettivo di spiegare *ex ante* la logica delle osservazioni puntuali sui singoli articoli, e di indicare le linee che ritiene dovranno orientare anche i futuri correttivi;
- b) indicherà per ogni singolo articolo o gruppi di articoli che danno luogo a rilievo, le questioni che sono di pronta soluzione, attraverso modifiche puntuali e chirurgiche, volte a migliorare l'impianto normativo, senza alterarne la portata complessiva;
- c) indicherà, sempre per ogni articolo o gruppi di articoli, anche profili più complessi, che non potranno che essere affidati allo strumento del decreto correttivo, da vararsi entro un anno dall'entrata in vigore del codice;
- d) esprimerà anche successivamente al presente parere, ai fini della

adozione dei correttivi nonché in risposta a quesiti specifici eventualmente formulati dal Governo e dagli altri soggetti legittimati, il proprio parere con l'obiettivo di concorrere al completo conseguimento, a regime e nel più breve tempo possibile, degli obiettivi fissati dalle norme comunitarie e dalla ambiziosa riforma governativa, in modo da corrispondere a una forte attesa delle istituzioni, delle imprese e dei cittadini.

Si omette, al fine di rendere il parere più snello e sintetico, di riportare il contenuto dei singoli articoli (intendendosi operato un rinvio implicito alla relazione illustrativa che accompagna lo schema di codice), salvo che sia strettamente necessario per la comprensione delle modifiche che si suggeriscono.

I.d).4. Sin da ora questo Consiglio rileva che il “nome di battesimo” dato al codice "*codice degli appalti pubblici e delle concessioni*", non appare esattamente corrispondente al contenuto dell'articolato, sotto un duplice profilo.

Da un lato, l'aggettivo "pubblici" viene riferito solo agli appalti e non anche alle concessioni, laddove anche le concessioni sono pubbliche.

Dall'altro lato, nel codice non sono disciplinati solo appalti e concessioni, ma anche altri tipi contrattuali. Anche se la nozione comunitaria di appalto è molto lata e ben più ampia della nozione italiana come desunta dal codice civile, ciò nonostante nel codice in esame sono regolati tipi contrattuali che non vi rientrano. Basta solo pensare ad alcuni tipi di contratti "esclusi" quali le locazioni passive, che comunque nel codice trovano una disciplina minimale (i principi relativi ai contratti esclusi). Analogamente, le forme di partenariato pubblico-privato non sono tutte esattamente riconducibili né all'appalto né alla concessione.

Il codice, inoltre, pone alcuni principi di tutela della concorrenza nei contratti pubblici, che costituiscono un quadro di riferimento anche per i contratti “attivi” della pubblica amministrazione, allo stato non inclusi nel codice (locazioni attive, concessioni demaniali, concessioni di denaro pubblico) e che pure, in sede di futura implementazione, vi potrebbero essere inseriti.

Pertanto, il codice potrebbe più appropriatamente essere denominato o "*codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture*", ovvero, e preferibilmente, "*codice dei contratti pubblici*", *tout court*, nome che meglio si addice all'ambizioso progetto sotteso al codice.

Né, *in parte qua*, può considerarsi vincolante, per il legislatore delegato, l'opzione sul nome operata dalla legge delega.

II) Profili di carattere generale

II.a) Il rapporto tra direttive, legge delega, decreto delegato. Il divieto di *gold plating* tra competitività e altri valori costituzionali

II.a).1. Le tre direttive, come di consueto, contengono:

- (i) disposizioni a recepimento vincolato;
- (ii) disposizioni che lasciano margini di flessibilità agli Stati membri, consentendo un recepimento o più severo o più liberale;
- (iii) disposizioni che impongono agli Stati membri di lasciare spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti.

II.a).2. Si è già accennato nella parte introduttiva del presente parere che la legge delega da un lato impone al Governo il divieto di *gold plating* e il recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle direttive, dall'altro contiene essa stessa criteri di maggior rigore rispetto alle direttive.

Si tratta di una scelta politica del Parlamento, che coniuga flessibilità e rigore, e che sul piano tecnico non si espone ad alcun rilievo.

Né potrebbe sostenersi una contraddittorietà intrinseca nella delega, con un primato di una parte di essa sull'altra, dovendosi invece dare delle varie disposizioni una interpretazione armonica e sistematica.

L'obiettivo generale, posto dalla delega, di un recepimento delle direttive sfruttandone tutti gli elementi di flessibilità, ben può trovare, nella stessa delega, un temperamento a tutela di interessi e obiettivi ritenuti dal Parlamento più meritevoli, quali sono la prevenzione della corruzione e la lotta alla mafia, la trasparenza, una tutela rafforzata della concorrenza, la salvaguardia di valori ambientali e sociali.

D'altro canto, il “*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*” va rettamente interpretato in una prospettiva di riduzione della “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive.

Così, in termini generali, il maggior rigore nel recepimento delle direttive deve, da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza; dall'altro lato ritenersi giustificato (quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE (“*Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e*

degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri”).

Proprio in materia di appalti pubblici, la stessa Corte giust. UE ha più volte affermato che *“va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell’adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell’obbligo di trasparenza (...). Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell’obbligo summenzionati”* [da ultimo C. giust. UE 22.10.2015 C-425/14, proprio in tema di normativa antimafia italiana e ulteriori oneri che essa determina in ordine alle gare di appalto, dove si è affermato che *“una misura quale l’obbligo di dichiarare l’accettazione di un tale protocollo di legalità appare idonea a rafforzare la parità di trattamento e la trasparenza nell’aggiudicazione di appalti. Inoltre, poiché incombe su qualsiasi candidato od offerente indistintamente, detto obbligo non viola il principio di non discriminazione. Tuttavia, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell’Unione, una siffatta misura non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l’obiettivo perseguito”*].

II.a).3. In modo diverso va affrontato il tema dell’ambito e portata del divieto di *gold plating* imposto dalla legge delega al Governo.

La questione si pone essendovi, nel decreto delegato, istituti che costituiscono un recepimento delle direttive più oneroso del “minimo comunitario”, e che non trovano immediato e diretto riscontro in criteri della legge delega. Ne sono un esempio, nel subappalto (art. 105) il limite del 30% per il subappalto delle opere superspecialistiche, e il divieto, per gli appalti relativi a beni culturali, dell’avvalimento (art. 146).

Va rilevato che l’art. 1, lett. a) della legge delega, dispone, testualmente *“a) divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall’articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246”*.

Il richiamo del comma 24-quater dell’art. 14, l. n. 246/2005, lascia spazio, in sede di recepimento delle direttive, alla possibilità di una limitata deroga al divieto di introdurre una regolamentazione più severa, purché nell’AIR si motivino le circostanze eccezionali della deroga (*“L’amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell’analisi d’impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del*

livello minimo di regolazione comunitaria”).

Una motivazione specifica si rinviene, nell’AIR, quanto alla deroga al divieto di *gold plating* nella disciplina del subappalto.

Il *gold plating* nella disciplina degli appalti relativi a beni culturali, laddove si vieta l’avvalimento, viene giustificata nello stesso art. 146 codice con il richiamo all’art. 36 TFUE. Si tratta di giustificazione plausibile attesa la specificità del settore, riconosciuta nello stesso art. 36 TFUE citato. Va supportata anche da adeguata motivazione nell’AIR.

In termini più generali, il Governo dovrà operare una rilettura complessiva del testo, motivando congruamente nell’AIR in ordine alle circostanze eccezionali che giustificano le regolazioni più onerose.

II.a).4. Per converso, questa Commissione speciale nell’ambito del presente parere segnalerà alcuni punti che sembrano richiedere un recepimento più rigoroso. Essi sono rimessi alla valutazione politica del Governo, con la precisazione che, sul piano strettamente tecnico-giuridico, non sembra ostativo il divieto di *gold plating*, rettamente interpretato.

Sin da ora si segnala, per il suo particolare rilievo, il tema dei contratti esclusi, dove, a differenza che nella (pre)vigente disciplina, non si fissa più il numero minimo dei candidati (cinque) da invitare nelle gare informali (at. 4, nuovo codice; art. 27 vecchio codice), con il concreto rischio di una perdita di trasparenza, concorrenza e, alla lunga, efficienza e competitività.

II.a).5. Come meglio si dirà nei paragrafi che seguono, il codice “snello” dovrà essere completato da atti attuativi (menzionati in circa 50 disposizioni del codice), quali decreti ministeriali e linee guida dell’ANAC. Resta inteso che il divieto di *gold plating* posto dalla legge delega costituirà principio vincolante anche in sede di adozione degli atti attuativi del codice.

II.b) La completezza del recepimento

II.b).1. Si segnaleranno, di volta in volta, ambiti in cui alcuni principi direttivi della delega non sembrano interamente recepiti.

Il non recepimento di una delega o di parte di essa rientra nella scelta politica del Governo, nel suo rapporto con il Parlamento.

Non compete al Consiglio di Stato esprimere un parere sul mancato recepimento, ma solo segnalarlo, affinché esso sia frutto di una scelta consapevole e ponderata.

Resta fermo che, secondo consolidato orientamento, il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere.

Il mancato esercizio non può essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi, nei quali sono appunto consentite solo “correzioni”, a seguito di un periodo di “sperimentazione applicativa”, relative alle parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, delle delega.

Si potrà, con i decreti correttivi, intervenire per garantire la “qualità formale” del testo, con l’eliminazione di illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni, apportare, previa verifica di impatto, le correzioni e integrazioni che l’applicazione pratica renda opportune, ma non potranno rimettersi in discussione le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega [Corte cost. 26 giugno 2001 n. 206; Cons. St., ad. gen., 6 giugno 2007 n. 1; Cons. St., sez. norm., 9 luglio 2007 n. 2660/07; Id., 5 novembre 2007 n. 3838/07; Id., 26 luglio 2011 n. 2602].

Alla luce di tali considerazioni, potrebbe essere utile un esercizio anche solo “minimale” della delega, introducendo una sia pur minima base normativa da poter successivamente integrare e ampliare in sede di correttivi.

II.b).2. Sin da ora si segnala, rinviando alla parte specifica (artt. 164 e ss.) che non sembrano recepiti alcuni punti di delega in materia di concessioni, comuni o specifici a concessioni in determinati ambiti.

II.c) La conformità del decreto delegato ai principi e criteri direttivi della delega

II.c).1. La legge delega è un testo complesso e articolato, non sempre di facile e univoca esegesi. Questo ha comportato che, in alcune disposizioni del decreto delegato, vi sia stato un recepimento non sufficientemente approfondito dei criteri di delega, e talora sembrano utilizzate espressioni linguistiche inappropriate.

Le disposizioni potrebbero prestarsi a interpretazioni nel senso del contrasto della norma delegata con la legge delega.

Il presente parere indicherà pertanto di volta in volta le opportune modifiche lessicali, per prevenire interpretazioni del testo che, in sede di applicazione e contenzioso giudiziario, potrebbero dare adito a questioni di costituzionalità per contrasto con la legge delega.

II.c).2. Sin da ora si segnala, per la sua particolare delicatezza, il tema dei contratti sotto soglia, nei quali si riduce il numero di operatori da invitare alla gara informale, dai dieci o cinque della (pre)vigente disciplina (art. 122 d.lgs. n. 163/2006) ai cinque o tre dell’attuale (art. 36). Peraltro la

delega, sebbene richieda la semplificazione degli affidamenti sotto soglia, sembra imporre un numero minimo di cinque operatori da consultare in ogni caso, a prescindere da “subsoglie nel sotto soglia” (art. 1, comma 1, lett. ii), legge delega).

II.d) Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni

II.d).1. L’analisi delle singole disposizioni contenute nello schema di decreto deve essere preceduta da una ricostruzione generale relativa alla disciplina costituzionale del riparto delle competenze legislative e regolamentari, tenendo conto dell’attuale ordinamento costituzionale e delle possibili prospettive di riforma.

In relazione alle funzioni legislative, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che, ai fini dell’inquadramento di una determinata regolazione in uno degli ambiti materiali definiti dall’art. 117 Cost., l’“auto-qualificazione” eventualmente operata dal legislatore non assume rilevanza.

L’individuazione della materia in cui si colloca la disposizione deve essere effettuata *“avendo riguardo all’oggetto o alla disciplina da essa stabilita, sulla base della sua ratio, senza tenere conto degli aspetti marginali e riflessi”* [Corte cost. n. 229 del 2013; nello stesso senso n. 235 del 2010; n. 368 del 2008 e n. 165 del 2007].

Nel caso in cui, in ragione della complessità del rapporto disciplinato, si realizza una “concorrenza di competenze” appartenenti a diversi livelli istituzionali di governo, la Corte costituzionale risolve il conflitto applicando il “criterio della prevalenza” allo scopo di riconoscere la legittimazione legislativa ad uno soltanto dei soggetti titolari di competenza [Corte cost. n. 126 del 2014].

Se non è possibile individuare l’ambito materiale prevalente, la Corte impone il rispetto del principio di leale cooperazione [Corte cost. n. 250 e n. 140 del 2015], il che implica che, ad esempio, la fase di “attuazione” della legge statale dovrà avvenire garantendo adeguate forme di coinvolgimento delle autonomie regionali.

II.d).2. Nel settore in esame, lo schema di decreto, riprendendo l’impostazione delle direttive e del codice vigente, detta una disciplina generale distinta in due fasi degli appalti pubblici: la prima fase ha natura amministrativa ed è rappresentata dalle procedure di scelta del contraente che devono svolgersi nel rispetto di regole puntualmente definite; la seconda fase ha natura negoziale ed è costituita dal momento di conclusione del contratto e attuazione del rapporto contrattuale.

La suddivisione in due fasi evoca due titoli di legittimazione legislativa esclusiva statale.

II.d).3. La prima fase di scelta del contraente rientra nella materia trasversale della tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. e), Cost.).

L'intervento europeo e nazionale è giustificato dalla finalità prevalente di assicurare la cosiddetta "concorrenza per il mercato" e dunque le libertà europee di libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali, unitamente ad altri interessi di rilevanza pubblicistica.

In questo ambito possono venire in rilievo anche competenze regionali.

La prima modalità di esercizio della funzione legislativa regionale può avere valenza generale e riguardare la stessa regolazione delle procedure di scelta del contraente. La giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, possono anche disciplinare dette procedure purché gli effetti della regolamentazione siano indiretti e marginali e si tratti di normative pro-concorrenziali [Corte cost. n. 32 del 2015]. E' questo un profilo che non viene in rilievo in questa fase di redazione del testo, in quanto l'analisi della compatibilità costituzionale con i limiti indicati dovrà essere svolta in relazione alle singole leggi regionali.

Questa Commissione si limita soltanto a porre in rilievo come la nuova impostazione delle direttive, che contemplano regole di scelta del contraente connotate da maggiore flessibilità rispetto al pregresso quadro regolatorio, rendono ancora più complesso stabilire quando una normativa regionale possa considerarsi effettivamente pro-concorrenziale. La possibile moltiplicazione dei centri di produzione legislativa, statale e regionale, sia pure nel rispetto delle condizioni indicate, in relazione alla stessa fase di regolazione, rischia, inoltre, di contraddire le esigenze di semplificazione legislativa e certezza delle regole stesse.

II.d).4. La seconda modalità di esercizio della funzione legislativa regionale può avere valenza più specifica involgendo, con riferimento a specifiche "parti" della procedura, la competenza residuale in materia di "organizzazione amministrativa". La Corte costituzionale, con la sentenza n. 401 del 2007, evocando questo titolo di legittimazione, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 84, commi 2, 3 e 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, che conteneva norme relative alla composizione delle commissioni aggiudicatrici. In particolare, la Corte affermò che esse *"attengono, più specificamente, all'organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei requisiti, da parte delle imprese"*

concorrenti, per aggiudicarsi la gara’.

La seconda fase di conclusione ed esecuzione del contratto rientra nella materia dell’ordinamento civile, in quanto l’autorità pubblica agisce nell’esercizio di “*autonomie negoziali*” e non di “*poteri normativi*” [Corte cost., n. 401 del 2007].

La Corte costituzionale ha escluso, pertanto, che possa configurarsi, in tale ambito, una disciplina generale di matrice regionale, ammettendo soltanto che, “in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico”, possano “*residuare in capo alla pubblica amministrazione poteri riferibili, tra l’altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva*”.

II.d).5. Rispetto al quadro definito dal Giudice delle leggi in relazione al codice (pre)vigente, deve segnalarsi come le nuove direttive, innovando il precedente sistema, contengono, per la prima volta, disposizioni di disciplina della fase di esecuzione del contratto. La ragione non è quella di dettare regole in ambiti “privatistici” rientranti nell’autonomia procedimentale degli Stati membri, quanto quella di assicurare il rispetto del principio di concorrenza anche in questa fase. Il legislatore europeo, attraverso, in particolare, la disciplina della rinegoziazione delle condizioni contrattuali ha posto dei chiari limiti all’autonomia del legislatore statale e delle parti del contratto, al fine di evitare che un’eccessiva libertà nella modificazione degli accordi contrattuali “a valle” possa finire per eludere il rispetto delle regole di garanzia “a monte” che presiedono allo svolgimento della procedura amministrativa di scelta del contraente. In definitiva, si è prefigurata una “estensione” del titolo di competenza legislativa statale “tutela della concorrenza” anche nel momento negoziale, il che rafforza ulteriormente, in un eventuale giudizio di “prevalenza” o bilanciamento degli interessi costituzionali, le funzioni legislative statali.

II.d).6. Quanto sin qui esposto attiene al riparto di competenze riferito alla disciplina generale della formazione, conclusione ed esecuzione dei contratti pubblici. Nei casi, invece, in cui il testo del decreto contiene riferimenti a contratti ad oggetto puntuale, possono venire in rilievo anche altri titoli di competenza, statale e regionale, individuati alla luce di criteri sopra indicati.

II.d).7. Una posizione peculiare occupa la disciplina delle “opere strategiche”: in questo caso viene in rilievo una materia di competenza concorrente ai sensi del secondo comma dell’art. 117 Cost., con la conseguenza che l’intervento del legislatore statale si giustifica, per la presenza di esigenze unitarie, in applicazione del principio di sussidiarietà legislativa, che impone il rispetto del principio di leale

cooperazione con le autonomie regionali [Corte cost. n. 303 del 2003].

II.d).8. In relazione alle funzioni regolamentari, il sesto comma dell'art. 117 Cost. dispone che le relative funzioni spettano allo Stato nelle materia di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. In ogni altra materia la potestà spetta alle Regioni.

Ne consegue che le Regioni hanno competenza regolamentare non soltanto in presenza di una materia esclusiva regionale ma anche in presenza di una materia concorrente. La qualificazione degli atti di attuazione del codice come atti regolamentari o amministrativi generali di indirizzo rileva, pertanto, anche ai fini dell'individuazione del soggetto competente ad adottarli.

II.d).9. Nella prospettiva della riforma costituzionale *in itinere*, assume rilievo l'eliminazione delle materie di competenza concorrente, con inserimento di talune di esse, quale ad esempio, la materia delle “*infrastrutture strategiche e grandi reti di trasporto e di navigazione di interesse nazionale e relative norme di sicurezza*”, nell'elenco delle materie di competenza legislativa statale esclusiva. Non sarebbe, pertanto, più necessario giustificare l'intervento statale evocando, in presenza della fattispecie sopra indicata, il principio di sussidiarietà legislativa.

La riforma *in itinere* prevede inoltre quale autonoma materia quella relativa a “*norme generali sul procedimento amministrativo*”, attribuendo la relativa competenza al legislatore statale.

Il mutamento del quadro costituzionale rafforzerà ulteriormente la competenza statale esercitata nell'adozione del presente codice.

II.d).10. Il (pre)vigente codice n. 163/2006 aveva operato una qualificazione e ricognizione dei singoli ambiti disciplinati, riconducibili alla competenza legislativa statale esclusiva, o alla competenza concorrente di Stato e Regioni.

Con una diversa tecnica legislativa, l'art. 2 del presente codice, si limita a statuire in termini generali sulle competenze legislative regionali. Siffatta tecnica è comprensibile nell'attuale contesto in cui è *in itinere* una riforma costituzionale che inciderà anche sul Titolo V della Costituzione, e che avrà impatto anche sul riparto di competenze nella materia dei pubblici appalti.

Peraltro, una formulazione generale appare non necessaria, operando un “regolamento di confini” che compete alla Costituzione, e non alla legge ordinaria, stabilire.

Sarebbe pertanto preferibile sopprimere del tutto l'art. 2.

Ove si opti per il suo mantenimento, lo stesso andrà riformulato, con

l'uso di una terminologia neutrale e flessibile, che lo renda compatibile sia con il vigente art. 117 Cost., sia con quello *in itinere*.

Nelle osservazioni specifiche relative all'art. 2, si indicherà la riformulazione che si suggerisce.

In relazione ai singoli articoli del codice, ove necessario, si opererà la verifica dell'ambito di competenza legislativa statale e regionale.

II.e) Codificazione, semplificazione, qualità della regolazione “formale”, chiarezza del linguaggio normativo

II.e).1. Il presente codice risponde al condivisibile obiettivo del riordino in un unico testo normativo della intera materia dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Costituisce uno strumento importante per la “qualità della regolazione” intesa in senso formale e sostanziale, in chiave di semplificazione, chiarezza, coerenza e certezza delle regole, in funzione di corretta amministrazione e prevenzione del contenzioso.

Il miglioramento della regolazione (c.d. *better regulation*) - tema prioritario in ambito sovranazionale e comunitario, oltre che nazionale (attraverso le leggi annuali di semplificazione e i piani di azione per la semplificazione, la cui cadenza temporale non è sempre rispettata) - costituisce un “valore” più volte ricordato dal Consiglio di Stato nell'esercizio delle sue funzioni consultive [v. da ultimo Cons. St., sez. norm., 18-24 febbraio 2016 n. 343].

II.e).2. La “codificazione” è concetto che si è evoluto rispetto alla sua concezione ottocentesca, presentandosi ora soprattutto la necessità di inserire nei codici, oltre al mero consolidamento formale, anche elementi che comportino una effettiva semplificazione sostanziale [sempre parere 18-24 febbraio 2016 n. 343].

Il miglioramento della qualità della regolazione costituisce l'obiettivo finale rispetto al quale è strumentale la semplificazione, nelle sue tipologie di semplificazione amministrativa (e, segnatamente: organizzativa e procedimentale) e di semplificazione normativa, nei suoi molteplici strumenti.

Si è fatta strada una nozione di “qualità della regolazione” riferita non solo e non tanto alla “qualità formale” dei testi normativi (che devono essere chiari, intelleggibili, accessibili), quanto e soprattutto alla “qualità sostanziale delle regole”, che devono essere delle “buone regole” nella sostanza [v. anche Cons. St., ad. gen., 25 ottobre 2004, n. 2/2004].

Una “buona legge” è:

- una legge “necessaria”, nel senso che non vi sono altre alternative

(nelle leggi già vigenti o negli strumenti amministrativi, o nella deregolamentazione e autoregolamentazione);

- una legge chiara e comprensibile;

- una legge completa;

- una legge sistematica [Cons. St., sez. norm., 21 maggio 2007 n. 2024, reso sul piano di azione per la semplificazione].

II.e).3. Si esamineranno nei paragrafi che seguono i temi afferenti alla qualità della regolazione in chiave sostanziale. Nel presente si esaminerà il tema della qualità formale, non meno rilevante.

La codificazione implica e impone una tecnica di legislazione impegnativa, sul piano tecnico e politico, che guarda al futuro e non alla sola regolazione contingente.

Un codice richiede un *quid pluris* rispetto alla semplice raccolta in un testo unico, trattandosi di dare anche una sistemazione organica e ordinata alla materia, con una *vision* di riforma, una chiara enucleazione dei relativi principi, e con il consolidamento e la codificazione degli indirizzi giurisprudenziali, ove attuali e compatibili con i criteri di delega e, soprattutto, con gli obiettivi che si intende raggiungere.

II.e).4. Un codice deve essere tendenzialmente esaustivo e redatto con linguaggio snello e semplice.

La codificazione raccoglie le disposizioni già vigenti, le coordina con quelle di nuovo conio, e guarda al futuro, mirando a evitare la riproliferazione di normative extravaganti.

A tal scopo viene enunciata, tra le clausole finali o iniziali, quella di “riserva di codice”, con cui si chiede, in coerenza con l’obiettivo dell’“autosufficienza” della codificazione, che ogni futuro intervento normativo nelle materie del codice sia fatto con esplicita modifica del codice medesimo (v. nel presente codice, art. 118).

Nell’intento del legislatore, i codici, i t.u., le leggi quadro (o di portata generale) al cui interno sono collocate clausole di salvaguardia come quella in esame, dovrebbero avere una particolare forza giuridica, tale che non è consentita la modificazione o abrogazione se non con disposizione espressa; tuttavia tale regola non è posta da nessuna norma della Costituzione, che è l’unica fonte idonea a stabilire la gerarchia delle fonti ad essa subordinate. Sicché una legge ordinaria, ancorché di “*sistema*” o “*generale*”, ha la stessa forza e valore di una qualsiasi altra legge e non si sottrae, pertanto, alla possibilità di una abrogazione tacita secondo quanto sancito dall’art. 15 disp. prel. Sul piano formale, si rileva l’impossibilità giuridica che forme di auto rafforzamento contenute in norme

primarie, in modo esplicito o implicito, possano determinare la resistenza passiva di una disposizione rispetto all'abrogazione implicita operata da una fonte successiva equiparata.

Il principio resta perciò privo di vincolatività giuridica per il legislatore successivo, ma non per questo privo di considerevoli effetti giuridici, puntualmente illustrati dal Consiglio di Stato [Cons. St., sez. norm., 26 luglio 2011, n. 2602/11] e dalla Corte costituzionale [sentenza 22 aprile 1997, n. 111], e così sintetizzabili:

- a) vincolo esegetico (per cui in caso di dubbio sulla portata abrogatrice o modificativa di una legge successiva, il principio di coerenza dell'ordinamento deve indurre a ritenere che la legge successiva non abbia abrogato o modificato tacitamente la precedente);
- b) effetto monitorio (che indirizza una sorta di messaggio affinché gli atti normativi futuri incidano con chiarezza sull'articolato e non con modificazioni o abrogazioni tacite);
- c) effetto di indirizzo (rispetto all'attività normativa futura, affinché i titolari del potere di iniziativa e coordinamento normativo assicurino – in sede di istruttoria tecnica e soprattutto di ATN, ai sensi della direttiva del Presidente del Consiglio del 1° settembre 2008 – la coerenza del sistema attraverso l'inserzione delle nuove disposizioni all'interno della legge di settore, codice o testo unico che sia, nella logica dell'impegno dei regolatori, nei confronti di cittadini e imprese, al rispetto dei canoni di *better regulation*).

II.e).5. L'obiettivo di chiarezza ed esaustività del codice rischia di essere tradito se:

- a) la ricognizione e il riordino della normativa pregressa non sono completi e non si procede ad abrogazione espressa di tutte le norme superate dalla codificazione;
- b) il successivo legislatore interviene con norme sparse e avulse dal contesto codicistico;
- c) il linguaggio non è chiaro e univoco;
- d) l'attività attuativa del codice – mediante sia la normativa secondaria che la concreta attuazione amministrativa – introduce principi e prassi *praeter legem*, non recepiti dal codice e a volte anche non coerenti con esso.

Quanto più tali parametri tecnici non sono rispettati, tanto più alto sarà il rischio del non pieno raggiungimento degli obiettivi di chiarezza e semplificazione.

Al riguardo, si anticipano le seguenti osservazioni.

II.e).6. Quanto alla completezza della ricognizione e riordino della

normativa pregressa, il Consiglio di Stato suggerirà, in relazione a singoli articoli, ulteriori disposizioni vigenti che possono essere riordinate nel presente codice.

Peraltro, in considerazione dei tempi stretti di attuazione della delega, il completamento del riordino delle fonti previgenti potrà anche essere effettuato in sede di successivo decreto correttivo.

Sotto tale profilo, si segnala la perdurante vigenza di disposizioni relative ai contratti pubblici contenute nella legislazione di contabilità di Stato del 1923-1924, per le quali si raccomanda che, in sede di successivo correttivo, si proceda al completo riordino nell'ambito del presente codice, con la totale, definitiva abrogazione di tale normativa, previo completo assorbimento nel predetto codice di quelle norme (ultranonuenarie) ritenute ancora di perdurante attualità, ovvero con la loro abrogazione espressa (artt. 3- 21, r.d. 2440 del 1923; artt. 36 - 123 r.d. 827 del 1924).

Tali disposizioni afferiscono sia ai contratti c.d. passivi (oggetto del presente codice) sia ai contratti c.d. attivi.

Si deve segnalare che la delega, pur prevedendo un riordino a vasto raggio, non ha incluso anche i contratti "attivi" della pubblica amministrazione (a titolo di esempio, locazioni, concessioni demaniali).

Né ad essi sono applicabili "in via diretta" i principi dettati dal codice per i "contratti esclusi", atteso che l'art. 4 del codice (come già del resto l'art. 27 del (pre)vigente codice) si riferisce ai soli contratti "relativi a lavori, servizi, forniture" che siano esclusi in tutto o in parte dal codice, e non anche ad altre tipologie.

E tuttavia non sembra dubbio che i principi del codice a tutela della concorrenza siano applicabili "per analogia" anche ai contratti attivi della p.a.

È perciò auspicabile che in sede di futura implementazione del codice, vi si possa includere, con legge del Parlamento, o con decreto delegato previo principio di delega, un nucleo di principi applicabili in via diretta, e non per sola analogia, pure ai contratti attivi, quali quelli comunitari a tutela della concorrenza, o quelli sul possesso dei requisiti morali dei contraenti privati.

II.e).7. Si raccomanda, inoltre, una ulteriore ricognizione delle fonti da abrogare, atteso che si determinerebbero incertezze ove restassero in vita sparse norme pregresse.

Costituisce infatti criterio della *better regulation* il primato dell'abrogazione espressa rispetto a quella tacita. E, invero, è sempre preferibile e doverosa un'abrogazione espressa, rimessa alla univoca *voluntas legis*,

rispetto a una abrogazione tacita, rimessa all'opinabile e mutevole opera dell'interprete. Dovrà pertanto verificarsi la necessità di abrogare le oltre 50 fonti normative che nel corso degli anni hanno novellato il d.lgs. n. 163/2006 e le altre extravaganti disposizioni che hanno inciso sulla materia.

In relazione all'articolo sulle abrogazioni (art. 217) il presente parere indicherà ulteriori fonti, rispetto a quelle già elencate, che sembrano da abrogare.

II.e).8. In relazione al secondo punto (interventi normativi successivi "extracodice"), si esprime l'auspicio che il nuovo codice garantisca una tendenziale stabilità normativa ad un settore nel quale il legislatore, dopo la codificazione del 2006, è intervenuto in modo disorganico e vorticoso, minando la stabilità del quadro regolatorio e la certezza delle regole. Le necessarie modifiche, poi, dovranno intervenire nel rispetto della riserva di codice, e non con disposizioni a esso esterne.

In una prospettiva più generale, nella materia degli appalti pubblici non sarebbero inutili strumenti quali le leggi annuali di revisione, sessioni parlamentari dedicate, al fine di impedire interventi polverizzati e non adeguatamente ponderati.

Soprattutto, andrebbe valutato il "costo" delle continue innovazioni a carico dei privati e delle amministrazioni che hanno appena adeguato i loro processi operativi alle norme precedenti. Tale valutazione, ampiamente utilizzata dalle Autorità di regolazione, può oggi contare su una metodologia di AIR (analisi di impatto della regolamentazione) che è moderna e sistematica (d.P.C.M. 11 settembre 2008, n. 170): andrebbe soltanto utilizzata compiutamente, prima di procedere a nuovi ritocchi normativi e, quindi, a ulteriori interventi modificativi della "certezza" del quadro normativo precedente.

II.e).9. In relazione al terzo punto segnalato – la tecnica linguistica seguita dal presente codice – si raccomanda una rilettura complessiva finale del testo, per eliminare refusi, aporie, duplicazioni di norme, giustificate dal brevissimo tempo (poco più di un mese) entro cui è stato completato lo schema di codice.

Il Consiglio di Stato, in relazione ai singoli articoli, darà il suo contributo, segnalando erronei rinvii interni ed esterni, espressioni non conformi alla definizioni di cui all'art. 3, l'uso non necessario di espressioni in lingua straniera.

II.e).10. L'analisi formale verrà condotta dal Consiglio di Stato sulle singole disposizioni al fine di contribuire alla:

- coerenza interna delle singole disposizioni con le definizioni dell'art. 3. Alcune terminologie non sempre sono usate in modo appropriato, laddove l'uso di un dato termine ha precisi effetti giuridici. Sin da ora si raccomanda di verificare l'uso appropriato delle espressioni "stazione appaltante", "amministrazione aggiudicatrice", "ente aggiudicatore", "soggetti aggiudicatori", cui rispondono diversi ambiti regolatori, anche comunitariamente vincolati nel recepimento, e di verificare la corretta espressione delle soglie economiche in termini di importo "superiore a", "pari o superiore a", "inferiore a", e la sua coerenza nei singoli articoli rispetto all'articolo di base (art. 35);
- coerenza dei rinvii interni ad altri articoli, titoli, capi del codice, spesso non esatti; sul punto si raccomanda specificamente una rilettura complessiva dell'articolato, al fine di correggere i rinvii interni non corretti;
- coerenza formale esterna con il linguaggio e le norme del restante ordinamento giuridico italiano (si signaleranno, ad es. alcuni richiami a istituti esterni abrogati – quali la d.i.a. o il f.a.l. – o l'uso di terminologie difformi);
- coerenza sostanziale esterna, con istituti lambiti dal codice e che hanno disciplina organica in altri testi: codice dell'amministrazione digitale, decreto trasparenza, decreto sulle società pubbliche, legge quadro sul procedimento amministrativo, testo unico delle espropriazioni, testo unico dell'edilizia, contratti della difesa e sicurezza, codice dei beni culturali e del paesaggio, codice della legislazione antimafia.

II.e).11. Non sempre le disposizioni del codice adoperano una terminologia di immediata comprensione, ma si tratta spesso dell'inevitabile tributo al recepimento puntuale delle direttive, a loro volta formulate con una tecnica linguistica tarata sull'esigenza di costruire istituti che coniugano e mediano tra le diverse tradizioni giuridiche dei Paesi membri.

Sotto tale profilo, il Consiglio di Stato, pur consapevole della non familiarità del linguaggio delle direttive, condivide la scelta, operata dal codice, di riprodurre fedelmente tale linguaggio. I vantaggi di tale tecnica sono, da un lato, la riduzione del rischio di una trasposizione infedele delle direttive e dei conseguenti contrasti esegetici (favorendo altresì il formarsi di una interpretazione uniforme a cura dei giudici nazionali e del giudice comunitario), dall'altro il rafforzamento del processo di integrazione europea.

II.e).12. Al fine di rendere meglio comprensibili disposizioni

linguisticamente complesse, cui si aggiunge l'elevato tecnicismo, è auspicabile che i singoli articoli:

- siano ragionevolmente brevi, possibilmente rispettosi del criterio, indicato dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2 maggio 2001, che auspica che ciascun articolo non superi i dieci commi;
- abbiano una rubrica corrispondente al contenuto dell'articolo;
- abbiano rubriche individualizzate, e non corrispondenti a quelle di altri articoli del medesimo codice, v. ad. es.: artt. 1 e 164, entrambi rubricati "*oggetto e ambito di applicazione*"; artt. 59 e 123, entrambi rubricati "*scelta delle procedure*"; artt. 75 e 131, entrambi rubricati "*Inviti ai candidati*"; artt. 105 e 174, entrambi rubricati "*subappalto*"; artt. 99 e 139, entrambi rubricati "*relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti*"; artt. 150 e 196, entrambi rubricati "*collaudo*";
- evitino reiterazioni eccessive dell'elencazione mediante lettere dell'alfabeto: sotto tal profilo è emblematico l'art. 3 recante le definizioni, che reitera per quasi quattro volte le lettere dell'alfabeto italiano giungendo alla lettera vvvv), per un totale di 83 definizioni; è in tali casi preferibile utilizzare la tecnica della numerazione progressiva.

II.e).13. Peraltro, a fini di una maggiore chiarezza del testo, è anche necessario che esso sia corredato da tabelle di comparazione con le direttive, i principi di delega e la pregressa disciplina, e da indicazione, sotto la rubrica di ogni articolo, tra parentesi, dei corrispondenti articoli delle direttive, dei principi di delega, delle fonti normative previgenti riordinate (secondo una tecnica già seguita dal (pre)vigente codice degli appalti).

Se i tempi stretti per l'approvazione del codice impediscono l'attuazione contestuale di tale prescrizione, ben sarà possibile una ripubblicazione successiva del codice in Gazzetta Ufficiale, corredato di quanto sopra indicato.

II.e).14. Andranno poi utilizzate tutte le potenzialità consentite da avvisi di rettifica e *errata corrige*, per eliminare refusi inevitabili in un testo di tale ampiezza, ai sensi degli artt. 8, comma 2, d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092; 14 e 15, d.P.R. 14 marzo 1986, n. 21 [sulla verifica e correzione di refusi ed errori materiali attraverso il ricorso agli istituti dell'*errata corrige* e dell'avviso di rettifica, v. Cons. St., sez. norm., 26 luglio 2011, n. 2602/11]. È appena il caso di ricordare che la ripubblicazione corredata di tabelle e rubriche aggiornate, gli avvisi di rettifica e gli *errata corrige*, avendo portata chiarificativa e non innovativa, non sottostanno alla scadenza del termine della delega.

II.f) Codificazione, semplificazione, qualità della regolazione “sostanziale”; riduzione degli oneri; monitoraggio

II.f).1. La filosofia ispiratrice della presente codificazione, quale si desume dai criteri di delega, è quella di un codice chiaro e sintetico, ancorché completo ed esaustivo sul livello primario, affidando il completamento della disciplina a un sistema attuativo più snello e flessibile rispetto al modello tradizionale del regolamento unico di esecuzione e attuazione, che ha sinora avuto il duplice inconveniente di:

- recare una molteplicità di norme di dettaglio, non sempre necessarie o utili;
- presentare una complessità contenutistica e procedimentale che ne ha comportato l'adozione con enorme ritardo rispetto alla legge primaria (il regolamento esecutivo della legge Merloni del 1994 fu varato solo nel 1999; il regolamento di esecuzione e attuazione del codice del 2006 fu varato solo nel 2010).

Il livello di difficoltà procedurale di adozione del regolamento è stato, nella prassi recente, tale da indurre non di rado il legislatore a modificare il regolamento con legge, rivelandosi paradossalmente più veloce il procedimento legislativo di quello regolamentare, e producendosi una non corretta rilegificazione di singole disposizioni di una fonte di rango secondario.

II.f).2. L'opzione della legge delega, di abbandonare il modello del regolamento esecutivo e attuativo, va pertanto considerata una moderna e condivisibile scelta politica e culturale di “flessibilità” rispetto a un precedente modello di “iper-regolazione di dettaglio”. Tale scelta, auspicabilmente, comporterà una maggiore celerità nel completamento attuativo della riforma e nel suo aggiornamento funzionale.

Si è già osservato che delega e codice perseguono l'obiettivo della qualità della regolazione anche in chiave sostanziale, di riduzione di oneri e adempimenti non necessari.

Tale obiettivo dovrà essere assicurato anche in sede di adozione degli atti attuativi, che a loro volta dovranno rispondere ai canoni di chiarezza, coerenza e semplificazione, al divieto di *gold plating* e al generale onere di motivazione giustificativa della introduzione di nuovi oneri informativi e amministrativi.

Sotto quest'ultimo profilo, si ribadisce l'esistenza di un generale principio di contrarietà all'introduzione di nuovi oneri a carico dei privati, anche indipendentemente dal divieto di *gold plating*, cui devono attenersi il

codice e i successivi gli atti attuativi.

Tale principio deriva, in primo luogo, dalla normativa generale sul *regulatory budget* secondo la tecnica del *one in, one out* (cfr. l'art. 3 del d.l. n. 5 del 2012, che ha modificato l'art. 8 della l. n. 180 del 2011) e dalla disciplina dell'AIR (cfr. l'art. 14 della l. n. 246 del 2005 e il citato d.P.C.M. 11 settembre 2008, n. 170).

In secondo luogo, possono rinvenirsi criteri specifici di delega alla “*semplificazione sostanziale*” di cui alla lett. d) (laddove si riferisce alla “*drastica riduzione e razionalizzazione*” anche delle “*disposizioni ... amministrative vigenti*”), alle lett. z) e aa), che impongono una riduzione degli “*oneri documentali*” (le cd. *information obligation* di matrice comunitaria) e degli “*oneri economici*”.

In terzo luogo, e soprattutto, la stessa delega impone innovativamente, al comma 3, che la relazione tecnica dia conto non soltanto della “neutralità finanziaria” dei decreti legislativi, ma anche dei “*nuovi o maggiori oneri [non solo, quindi, quelli a carico del bilancio pubblico] da essi derivanti*”.

II.f).3. Nel paragrafo che segue si esaminerà il tema della tipologia, natura e regime giuridico degli atti attuativi ipotizzati dalla legge delega e contemplati dal codice (linee guida adottate con decreto ministeriale, linee guida vincolanti dell'ANAC, linee guida non vincolanti dell'ANAC).

Ad una sommaria ricognizione degli atti attuativi, questo Consiglio ne ha censiti circa 50:

- 16 decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti;
- 15 atti dell'ANAC;
- 4 d.P.C.M.;
- 15 decreti di altri Ministri;
- 1 atto demandato a Consip e altre centrali di committenza.

[Si riportano in sintesi gli atti attuativi, il loro contenuto, l'articolo del codice che li prevede:

DECRETI DEL MINISTRO INFRASTRUTTURE E TRASPORTI

- 1) art. 21 (pianificazione dei contratti pubblici)
- 2) art. 22 (opere soggette a dibattito pubblico)
- 3) art. 23 (contenuto dei livelli della progettazione)
- 4) art. 24 (requisiti delle forme organizzative dei progettisti)
- 5) art. 38 (servizio contratti pubblici)

- 6) art. 73 (indirizzi per la pubblicazione telematica di bandi e avvisi)
- 7) art. 74 (tariffa per albo e compensi dei commissari di gara)
- 8) art. 81 (documentazione da inserire nella banca dati nazionale degli appalti pubblici)
- 9) art. 84 (modalità di qualificazione alternative per i lavori pubblici)
- 10) art. 89 (individuazione delle opere superspecialistiche)
- 11) art. 102 (albo nazionale dei responsabili lavori e collaudatori nel caso di affidamento a contraente generale)
- 12) art. 102 (modalità tecniche del collaudo)
- 13) art. 111 (attività del direttore dei lavori)
- 14) art. 111 (attività del direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture)
- 15) art. 209 (compensi degli arbitri)
- 16) art. 214 (struttura tecnica di missione)

LINEE GUIDA E ALTRI ANNI DELL'ANAC

- 1) art. 36 (procedure dei contratti sotto soglia)
- 2) art. 31 (compiti del RUP)
- 3) art. 38 (modalità attuative della qualificazione delle stazioni appaltanti)
- 4) art. 71 (bandi tipo)
- 5) art. 78 (requisiti per l'iscrizione nell'albo dei commissari di gara)
- 6) art. 80 (mezzi di prova delle cause di esclusione dalle gare)
- 7) art. 83 (qualificazione degli operatori economici negli appalti di lavori nei settori ordinari)
- 8) art. 83 (sistema di penalità e premialità e relative sanzioni)
- 9) art. 84 (rating di impresa)
- 10) art. 84 (sistema SOA, vigilanza sulle SOA, vigilanza sul sistema di qualificazione e controlli a campione)
- 11) art. 84 (revisione straordinaria delle SOA e proposte revisione sistema attuale di qualificazione)
- 12) art. 110 (requisiti per la partecipazione a gare e esecuzione appalti per operatori economici sottoposti a fallimento o altre procedure di soluzione crisi di impresa)
- 13) art. 177 (verifica rispetto percentuale di esternalizzazione affidamenti da parte dei concessionari)
- 14) art. 194 (criteri dell'albo stazioni appaltanti che fanno affidamenti in house)
- 15) art. 197 (requisiti di qualificazione del contraente generale)

DECRETI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

- 1) art., 25 (procedimenti semplificati di verifica preventiva dell'interesse archeologico)
- 2) art. 37 (centrali di committenza dei comuni non capoluogo di provincia)
- 3) art. 37 (requisiti delle centrali di committenza)
- 4) art. 212 (organizzazione della cabina di regia)

DECRETI DI ALTRI MINISTRI

- 1) art. 1 MINESTERI (appalti all'estero)
- 2) art. 24 MINGIUSTIZIA (corrispettivi per i progettisti)
- 3) art. 25 MIBAC (elenco soggetti qualificati)
- 4) art. 34 MINAMBIENTE (criteri di sostenibilità ambientale, percentuale prestazioni negli appalti)
- 5) art. 44 MINSemplificazionePA (digitalizzazione procedure contrattuali pubbliche)
- 6) art. 103 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione)
- 7) art. 104 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione per lavori di particolare valore)
- 8) art. 114 MINSALUTE (servizio di ristorazione ospedaliera)
- 9) art. 144 MISE (buoni pasto servizio sostitutivo mensa)
- 10) art. 146 MIBAC (qualificazione per appalti relativi a beni culturali)
- 11) art. 159 MINDIFESA (appalti nel settore della difesa)
- 12) art. 185 MEF (definizione delle garanzie per obbligazioni delle società di progetto)
- 13) art. 201 DPR (approvazione PGTL)
- 14) art. 203 MININTERNO (monitoraggio infrastrutture e insediamenti prioritari)
- 15) art. 215 DPR (attribuzione ulteriori compiti al Consiglio superiore lavori pubblici)

CONSIP E ALTRE CENTRALI DI COMMITTENZA

1) art. 41 (revisione accordi e convenzioni quadro)].

L'obiettivo di una regolamentazione sintetica e unitaria, chiaramente conoscibile, rischia così di perdersi nella moltiplicazione degli atti attuativi. Non solo: l'obiettivo di un tempestivo cambio delle vecchie regole rischia di essere frenato nella ritardata adozione degli atti attuativi, così nel frattempo continuando a applicarsi le vecchie regole.

Ove non ben definito l'ambito di ciascun atto attuativo, si determina il rischio di sovrapposizioni e sconfinamenti reciproci. Un rischio di tal genere appare concreto, ad esempio, in relazione alle disposizioni attuative della direzione dei lavori e dei compiti del RUP, affidate rispettivamente al Ministro delle infrastrutture e all'ANAC; direttore dei lavori e r.u.p. sono soggetti che, nella fase di esecuzione del contratto, operano in costante sinergia. Perciò occorre che i relativi compiti siano reciprocamente coordinati e definiti. Sarebbe auspicabile la disciplina dei due organi in unico contesto regolatorio.

II.f).4. È evidente che la scommessa del nuovo codice potrà essere vinta solo se la fase di adozione degli atti attuativi avverrà in modo tempestivo, ordinato e coordinato, sottoposto agli stessi canoni di *better regulation* illustrati al par. II.e), monitorato: indicazioni più dettagliate saranno quindi rese nei paragrafi seguenti.

Occorre una *governance* con una visione strategica del *quomodo* e *quando* dell'attuazione, che sembra fisiologicamente da intestare alla cabina di regia costituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Si richiede, pertanto, che alla cabina di regia sia affidato lo specifico compito di redigere un piano di azione della fase attuativa del codice, operando una ricognizione degli atti attuativi, delimitandone la sfera di competenza reciproca, coordinando i soggetti chiamati ad adottarli e monitorandone la tempestiva adozione (si rinvia sul punto a quanto si dirà in relazione all'art. 212).

Ulteriore strumento di "manutenzione" della riforma, specie nella prima fase attuativa, potrebbe essere costituito anche dalla proposizione di quesiti al Consiglio di Stato sulle concrete modalità attuative del codice. Il ricorso a tale possibilità, da sempre a disposizione delle amministrazioni competenti, potrebbe essere non solo operato in modo più organico, ma anche esteso agli stessi destinatari delle regole (come già più ampiamente osservato dal citato parere n. 343 del 2016 della Sezione

per gli atti normativi).

Sarà anche indispensabile che si proceda, finché possibile, da parte di ciascuna Amministrazione o Autorità, all'adozione contestuale degli atti di propria competenza, e che comunque, *ex post*, ciascuna proceda ad una "testunificazione", raccogliendo e consolidando in un unico testo le regole attuative [Cons. St., sez. norm., 26 luglio 2011, n. 2602/11].

Essenziale sarà anche l'adeguata pubblicizzazione e pubblicità degli atti attuativi, come si dirà meglio nel paragrafo che segue.

II.f).5. Un'attività diversa, ma non meno importante, di quella attuativa è l'attività di monitoraggio e di valutazione *ex post* dell'impatto della regolamentazione. Tale attività è cruciale per una riforma che sia davvero "percepita" dagli operatori pubblici e privati, e "rilevata" dai dati statistici e dalle verifiche *ex post*, nonché punto di partenza essenziale per i successivi interventi correttivi e di *fine tuning* della riforma.

Anche tale attività dovrà essere posta in capo alla cabina di regia, che dovrà avvalersi appieno di tutti gli strumenti già oggi presenti nell'ordinamento (anche se utilizzati scarsamente e poco efficacemente), quali la VIR di cui al d.P.C.M. 19 novembre 2009, n. 212, di attuazione dell'art. 14 della l. 28 novembre 2005, n. 244.

II.g). L'implementazione del codice; tipologia, natura e regime giuridico dei suoi atti attuativi

II.g).1. La rilevanza cruciale della 'fase attuativa' di qualsiasi processo di cambiamento ordinamentale (a maggior ragione se esso è rilevante quale quello in oggetto) è spesso ingiustamente e ingiustificatamente sottovalutata, come questo Consiglio di Stato ha avuto recentemente modo di ribadire (cfr., da ultimo, il citato parere della Sezione per gli atti normativi n. 343 del 24 febbraio 2016).

Una riforma, per quanto ben costruita, è tale solo quando raggiunge un'effettiva attuazione, che sia in grado di incidere 'in concreto' su cittadini e imprese, migliorandone il rapporto con il pubblico potere, semplificando l'esercizio delle attività private, modificando positivamente gli indicatori dell'economia e della qualità della vita.

Rispetto alla redazione del codice, non è di minore importanza la successiva fase di implementazione: l'esperienza internazionale (soprattutto in sede OCSE) insegna che il successo (o il fallimento) di una

riforma dipende soprattutto dalla sua attuazione successiva, tramite la normativa secondaria, la regolazione e i provvedimenti applicativi da parte delle pubbliche amministrazioni.

Tale attività, come si è appena detto (cfr. *retro*, alla fine del punto II.f), dovrà essere l'oggetto principale della fase di monitoraggio e di valutazione *ex post* dell'impatto della riforma.

II.g).2. Venendo più specificatamente all'esame degli atti attuativi previsti dalla delega e dal codice, occorre ribadire – come si è detto *retro*, all'inizio del punto II.f) – che la scelta del legislatore delegante di non prevedere un unico regolamento generale, ma di optare per un sistema attuativo più snello e flessibile si rivela, in linea di massima, innovativa e idonea a risolvere alcuni problemi della disciplina precedente.

La stessa scelta richiede, però, che nel codice siano contenute indicazioni chiare e in grado di assicurare 'in concreto' il buon funzionamento del nuovo sistema attuativo, la sua efficacia nel fornire indirizzi applicativi e nel risolvere i problemi, la sua aderenza ai criteri di semplificazione e qualità della regolazione contenuti, tra l'altro, nella già citata lettera d) della delega (che richiede anche, come si è visto, una “*drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti*” e un “*più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti*”).

La legge delega prevede una varietà di strumenti attuativi, cui si fa riferimento in punti diversi: ciò richiede uno sforzo di inquadramento unitario e sistematico, che appare propedeutico alla effettiva approvazione dei circa cinquanta atti attuativi emersi a seguito della prima, sommaria ricognizione sopra elencata.

Le disposizioni da considerare per tale inquadramento sono contenute, nella delega, sia tra i principi e criteri direttivi sia nelle successive disposizioni procedurali:

- un primo criterio direttivo è enunciato all'art. 1, comma 1, lett. t), la quale pone in capo all'ANAC, accanto a vari poteri “*di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio*”, quello di adozione di “*atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile*”, eventualmente “*dotati di efficacia vincolante*”, comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa.
- la successiva lettera u) demanda poi allo schema di decreto legislativo l'individuazione dei casi in cui all'adozione degli atti di indirizzo debba seguire la trasmissione alle Camere di “*apposite relazioni*”;

- fuori dai criteri e principi direttivi, i commi 4 e 5 dell'art. 1 della delega, nell'ipotizzare che il decreto di riordino (che il Governo ha optato di adottare contestualmente al decreto di recepimento) abroghi il regolamento di esecuzione e attuazione del vigente codice dei contratti pubblici, prescrivono che sulla base di detto decreto sono, “*altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere*”.

II.g).3. Alla stregua di tali – non contestuali – indicazioni si identificano tre diverse tipologie di atti attuativi:

- a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari;
- b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida;
- c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

Appare necessario individuare in questa sede la natura giuridica di tali provvedimenti (ministeriali e dell'ANAC), nonché la loro collocazione nella gerarchia delle fonti del diritto. Ciò sia per individuare una chiara disciplina sul piano procedimentale e delle garanzie per gli *stakeholders*, sia per evitare inutili, anzi onerose e defatiganti incertezze applicative (che possono derivare anche dal riferimento improprio, operato dai primi commentatori, al concetto di *soft regulation*, estraneo all'ordinamento nazionale e comunque troppo generico, in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale).

In altri termini, la suddetta operazione interpretativa è necessaria proprio per assicurare al quadro regolatorio, che Ministero e ANAC dovranno comporre sulla base della cornice legislativa in esame, quella necessaria organicità, “*razionalizzazione*” e “*chiarezza*” richieste dallo stesso legislatore delegante, alla lett. d).

A tale scopo, la legge n. 11 del 2016 offre utili indicazioni esegetiche che si prestano a una interpretazione in chiave sistematica e ricostruttiva

Dal punto di vista sostanziale, la delega riconduce le linee guida e gli atti in questione al genere degli “*atti di indirizzo*” (lett. t) e li qualifica come strumenti di “*regolazione flessibile*” (termine anch'esso estraneo al nostro sistema delle fonti, di cui va qui identificata la disciplina applicabile).

Dal punto di vista procedimentale, la delega non reca alcuna disciplina, né rinvia ad atti-fonte del Ministero o della stessa ANAC. L'unica disposizione specifica al riguardo è quella (lett. u) che prevede la trasmissione alle Camere di apposite relazioni nei casi individuati dal codice, oltre a quella prevista dal citato comma 5 dell'art. 1 della legge delega per le linee guida "ministeriali". L'art. 213, comma 2, secondo periodo dello schema di codice identifica (non senza genericità) gli atti da trasmettere in quelli "*ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto della regolamentazione*".

II.g).4. Alla stregua di quanto esposto, questo Consiglio di Stato ritiene che le linee guida e gli altri decreti 'ministeriali' (ad esempio, in tema di requisiti di progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici: art. 24, comma 2; e direzione dei lavori: art. 111, commi 2 e 3) o 'interministeriali' (art. 144, comma 5, relativo ai servizi di ristorazione) abbiano una chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste.

Pertanto, anche indipendentemente dal *nomen juris* fornito dalla delega e dallo stesso codice (che potrà comunque precisarlo in sede di approvazione definitiva, nei singoli articoli di riferimento), tali atti devono essere considerati quali 'regolamenti ministeriali' ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con tutte le conseguenze in termini di:

- forza e valore dell'atto (tra l'altro: resistenza all'abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate, disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale);
- forma e disciplina procedimentale stabilite dallo stesso comma 3 (ad esempio: comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione) e dal successivo comma 4 della legge da ultimo citata;
- implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta a favore delle Regioni (art. 117, sesto comma, Cost.), tenuto conto dell'esistenza nella materia dei contratti pubblici di titoli di competenza di queste ultime (cfr. Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401);
- rispetto alle regole codificate nell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988 per i regolamenti ministeriali, la legge delega "rafforza" il

procedimento, prescrivendo in aggiunta – nell’evidente considerazione dell’importanza e delicatezza della materia – il parere delle competenti commissioni parlamentari.

II.g).5. Diverso discorso deve farsi per le linee guida dell’ANAC.

Mentre quelle a carattere “*non vincolante*” appaiono pacificamente inquadrabili come ordinari atti amministrativi, qualche considerazione in più richiedono le linee guida a carattere “*vincolante*” (ad esempio: art. 83, comma 2, in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; art. 84, comma 2, recente la disciplina degli organismi di attestazione SOA; art. 110, comma 5, lett. b), concernente i requisiti partecipativi in caso di fallimento; art. 197, comma 4, relativo ai requisiti di qualificazione del contraente generale), e gli altri atti innominati aventi il medesimo carattere (art. 31, comma 5, relativo ai requisiti e ai compiti del r.u.p. per i lavori di maggiore complessità; art. 197, comma 3, di definizione delle classifiche di qualificazione del contraente generale) e comunque riconducibili all’espressione “*altri atti di regolamentazione flessibile*”. Il riconoscimento per tali provvedimenti di una vera e propria natura normativa *extra ordinem* – pure proposta da taluno – suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un’innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti.

Questo Consiglio di Stato ritiene, invece, preferibile l’opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l’ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un’Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. Pertanto, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell’ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, ‘di regolazione’.

Tale ricostruzione consente di chiarire e di risolvere una serie di problemi sul piano applicativo.

In primo luogo, essa non pregiudica, ma anzi riconferma, gli effetti vincolanti ed *erga omnes* di tali atti dell’ANAC, come disposto dalla delega (in particolare dalla lett. t), che come si è detto parla di “*strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante*”.

In secondo luogo, tale assimilazione consente di assicurare anche per questi provvedimenti dell’ANAC tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità

indipendenti, in considerazione della natura ‘non politica’, ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del ‘principio di legalità sostanziale’ con un più forte rispetto di criteri di ‘legalità procedimentale’. Tra queste, se ne segnalano in particolare tre:

- l’obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di ‘consultazione’, che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l’ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell’intervento regolatorio;

- l’esigenza di dotarsi – per gli interventi di impatto significativo – di strumenti quali l’analisi di impatto della regolazione-AIR e la verifica *ex post* dell’impatto della regolazione-VIR, strumenti per i quali occorrerà sviluppare modelli *ad hoc* per l’ANAC, sulla scorta di quanto già attualmente fanno le Autorità di regolazione (e secondo quanto già prevedeva l’art. 8, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 per l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici);

- la necessità di adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione tramite la concentrazione in “testi unici integrati” di quelle sulla medesima materia (*best practice* ormai diffusa presso le principali Autorità di regolazione, *in primis* quella per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico): tale strumento appare significativamente necessario per il settore degli appalti allo scopo di evitare il rischio di proliferazione delle fonti che si volevano ridurre e di perdita di sistematicità ed organicità dell’ordinamento di settore, violando in sede attuativa il vincolo a una “*drastica riduzione*” dello stock normativo imposto dalla lett. d) della delega. In terzo luogo, tale ricostruzione consente anche la realizzazione, per gli “atti di regolazione” dell’ANAC, di forme di adeguata pubblicità: certamente sul sito della stessa Autorità, che andrà appositamente strutturato, ma anche per una pubblicità sulla Gazzetta Ufficiale, non richiesta per le autorità amministrative indipendenti ma altamente opportuna, ad avviso di questo Consiglio di Stato, in ragione della trasversalità della materia dei contratti pubblici e della latitudine dell’ambito applicativo dei provvedimenti *de quibus*. Una chiara previsione sulla pubblicità di tali delibere – da inserire, nel caso, all’art. 213 dello schema – rende meno delicata (e comunque lascia impregiudicata) la questione se debba o meno essere disposta la successiva comunicazione alle Camere (come pure sarebbe preferibile ai fini della

conoscibilità del quadro regolatorio da parte degli operatori del settore), che in base allo schema di decreto sussiste solo in virtù di un requisito sostanziale di tipo rinforzato (rilevante impatto regolatorio), ancorché privo di una definizione oggettiva.

In quarto luogo, pur in assenza del parere obbligatorio del Consiglio di Stato ex art. 17 della l. n. 400 del 1988, si rileva che tale sostegno consultivo resta pur sempre possibile in via facoltativa, sotto forma di quesito, sia in ragione della generalità delle questioni e dell'impatto *erga omnes* dei provvedimenti, sia per analogia con l'art. 17, comma 25, della l. 15 maggio 1997, n. 127, che prevede il parere obbligatorio del Consiglio sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni dei Ministeri. Per ultimo, ma non da ultimo, resta confermata la piena giustiziabilità delle linee guida dell'ANAC di fronte al giudice amministrativo, peraltro affermata chiaramente già dalla legge delega (lett. t).

In conclusione, la esposta ricostruzione appare compatibile, oltre che con il dettato della delega e con il sistema delle fonti, anche con l'esigenza inderogabile di un riformato contesto di 'qualità' e 'certezza regolatoria', con valenza *erga omnes* (che le *Authorities* di regolazione già oggi garantiscono, nei loro settori, quando si attengono agli indicati principi di *better regulation*).

II.g).6. Un ultimo rilievo preliminare va compiuto in ordine alla perimetrazione delle due tipologie di linee guida (ministeriali e ANAC).

Alla stregua delle suesposte considerazioni relative alla natura giuridica di tali provvedimenti (rispettivamente, regolamentare e regolatoria), si demanda al Governo l'opportunità di (ri)valutare l'attribuzione all'una o all'altra tipologia di atto la disciplina di alcune materie (cfr., in particolare, gli artt. 83 e 84).

II.h) I decreti correttivi

II.h).1. Entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, il Governo potrà adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura dettati dalla delega per il codice (art. 1, comma 8, legge delega).

La ristrettezza dei tempi di esercizio della delega (meno di tre mesi dalla data di entrata in vigore di quest'ultimo), imporrà un supplemento di riflessione su alcuni istituti innovativi.

Sicché, se ordinariamente i decreti correttivi intervengono dopo un congruo periodo di applicazione pratica di codici e testi unici, al fine

di emendare difetti emersi, nel caso specifico è prevedibile che già all'indomani della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del codice, si dovrà essere pronti a lavorare a un affinamento delle sue disposizioni al fine, ove necessario, di rapide correzioni.

Del resto la legge delega non pone limiti al numero di decreti correttivi, nell'ambito del periodo temporale massimo consentito.

Anche in questo caso, si confida che la Cabina di regia possa assumere un ruolo di coordinamento nell'opera emendativa.

II.h).2. Si deve sotto altro profilo rilevare che i correttivi conseguono un effetto utile se intervengono dopo un ragionevole periodo di applicazione pratica, necessario per una compiuta verifica di impatto della regolamentazione. Nel caso di codificazioni settoriali, specie se, come in questo caso, vi sono numerosi regimi transitori, un periodo ragionevole di osservazione è almeno biennale.

Sicché, l'obiettivo del correttivo rischia di essere vanificato se viene previsto un periodo troppo breve.

Sotto tale profilo, questo Consiglio esprime l'auspicio che il Governo possa sensibilizzare il Parlamento in ordine a un allungamento da uno a due anni del termine per i correttivi.

II.h).3. Una volta completata la fase di prima "messa a punto" della disciplina, si ribadisce l'esigenza che i successivi decreti correttivi muovano da una effettiva rilevazione, "in concreto", delle disfunzioni della normativa vigente, ovvero del mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati. Tale rilevazione è oggi perseguibile con corrette tecniche di VIR (cfr. *retro*, il punto II.f).5). Senza tale analisi preventiva, anche i correttivi rischiano di trasformarsi in un ulteriore intervento poco efficace, se non oneroso e controproducente.

II.i) La fase transitoria

II.i).1. La legge delega impone, tra i suoi criteri, anche che siano garantiti "*in ogni caso l'effettivo coordinamento e l'ordinata transizione tra la previgente e la nuova disciplina*" (art. 1, comma 1, lett. b), legge delega).

Questo Consiglio ha operato, e ne darà conto in relazione all'art. 216, una disposizione dei regimi transitori dettati dal codice: in parte nell'art. 216 citato, in parte in altri articoli del codice. Sembrano tuttavia emergere ambiti regolatori rimessi a futuri atti attuativi, per i quali non sono stabiliti regimi transitori, a fronte di una immediata abrogazione integrale della precedente disciplina, segnatamente il d.lgs. n. 163/2006 e il d.P.R. n. 207/2010.

Si segnala, peraltro, che la precedente disciplina resta da un lato integralmente applicabile non solo ai contratti per i quali i bandi siano già stati pubblicati, ma anche ai nuovi affidamenti, per quegli ambiti per i quali gli atti attuativi nuovi non siano ancora varati, e finché non vengano varati.

Si può quindi determinare un periodo di confusione e incertezza applicativa, non rispettoso del principio di delega che chiede una “ordinata transizione” tra il vecchio e il nuovo.

II.i).2. In questa prospettiva, si suggerisce di affidarsi a una tecnica normativa già sperimentata e tipica del meccanismo di delegificazione di cui all’art. 17, comma 2, della l. n. 400 del 1988 (su cui cfr. la vasta e consolidata giurisprudenza consultiva di questo Consiglio di Stato). Secondo tale modello di cd. “cedevolezza” delle disposizioni abrogate, resta in capo al codice l’effetto abrogante del d.P.R. n. 207/2010, ma il concreto venir meno delle singole normative previgenti è differito temporalmente al momento dell’entrata in vigore dei singoli atti sostitutivi di attuazione del nuovo codice, quale che sia la loro natura giuridica (linee guida ministeriali, atti ANAC, etc.).

A questi ultimi viene altresì assegnato dal codice anche il compito di recare una esplicita ricognizione delle disposizioni che vengono sostituite e che pertanto cessano di avere efficacia (si rinvia alle più dettagliate considerazioni sub artt. 216 e 217).

Certo, tale meccanismo ha come controindicazione il dilatarsi dei tempi di effettiva scomparsa della precedente normativa, ma questa circostanza appare comunque preferibile ai dubbi e alle incertezze del vuoto normativo. Peraltro, questo rischio può essere considerevolmente ridotto da una efficace e sistematica attività di monitoraggio da parte della cabina di regia.

Appare, comunque, opportuno inserire anche una disposizione abrogativa di chiusura, secondo la tecnica del *guillotine system*, che preveda comunque la definitiva scomparsa del regolamento dopo un congruo termine e che sarà dettagliata *infra*, tra le osservazioni all’art. 217.

III) Gli istituti che richiedono particolare riflessione

Per esigenze di chiarezza e sintesi si formuleranno osservazioni articolo per articolo.

Nel presente paragrafo, in modo riassuntivo, si sintetizzano i temi che richiedono particolare riflessione; in sede di esame dei singoli articoli, ove possibile, si suggeriranno interventi diretti, diversamente si

forniranno spunti per il futuro decreto correttivo.

III.a) Ambito di applicazione del codice (art. 1, codice)

L'art. 1, ultimo comma, sembra ridimensionare la portata generale e unificante del codice, facendo salve tutte le speciali disposizioni vigenti per non meglio definite “*amministrazioni, organismi e organi dello Stato dotati di autonomia finanziaria e contabile*”.

Trattasi di una generalizzata sottrazione al codice che non sembra trovare appigli nelle direttive, né nella delega, né nella relazione illustrativa e nell'AIR.

Diversa questione è quella posta e risolta dalla legge delega, con norma immediatamente precettiva, in ordine agli organi costituzionali che “stabiliscono nei propri ordinamenti modalità attuative dei principi e criteri direttivi previsti dalla presente legge nell'ambito delle prerogative costituzionalmente riconosciute” (art. 1, comma 7, legge delega) (si rinvia a quanto si dirà sub art. 1, codice).

III.b) Contratti esclusi e affidamenti sotto soglia (artt. 4 e 36 codice)

Si auspica una prudenza del codice, quanto meno iniziale, nel tasso di semplificazione delle procedure degli affidamenti sotto soglia. Semplificazione che può tradursi in una perdita di concorrenza e partecipazione, atteso anche, in virtù del “combinato disposto” della divisione in lotti, l'elevato valore complessivo delle commesse sotto soglia rispetto al totale degli appalti aggiudicati in Italia.

III.c) Centralizzazione della committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37 ss. codice)

E' già da qualche anno in corso una riflessione sull'esigenza di ridurre il numero delle stazioni appaltanti italiane (censite in oltre 32.000).

Già la legislazione d'urgenza del 2014 ha avviato un concreto processo di riduzione e centralizzazione degli affidamenti: l'art. 9, d.l. n. 66/2014 ha istituito presso l'ANAC l'elenco di soggetti aggregatori, in numero non superiore a **35**; l'elenco è stato in prosieguo istituito con delibera ANAC del 23 luglio 2015 e aggiornato con delibera ANAC 10 febbraio 2016, n. 125 e contempla allo stato 33 soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza per ciascuna Regione, o Provincia autonoma.

Le nuove direttive comunitarie offrono un ampio ventaglio di modelli di centralizzazione, anche attraverso centrali di committenza transfrontaliere.

Il codice, portando a ulteriore sviluppo la riflessione già avviata, da un lato sfrutta tutte le potenzialità offerte dalle direttive in tema di centralizzazione degli affidamenti, dall'altro fissa regole puntuali che obbligano le amministrazioni ad avvalersi di centrali di committenza.

L'ambito entro cui ciascuna amministrazione può svolgere funzioni di stazione appaltante viene circoscritto sul piano soggettivo, imponendosi alle amministrazioni un onere di conseguire la qualificazione e circoscrivendosi a importi limitati gli appalti che possono essere affidati da amministrazioni non qualificate.

Sono state operate scelte innovative in una prospettiva di efficienza, semplificazione, maggiore efficacia dei controlli.

Invero, le nuove procedure e criteri di affidamento, particolarmente innovativi – si pensi al dialogo competitivo, al partenariato per l'innovazione, alla offerta economicamente più vantaggiosa - richiedono stazioni appaltanti competenti e specializzate, che padroneggino gli strumenti e siano in grado di governare le procedure.

Tali livelli di efficienza possono raggiungersi solo in capo a amministrazioni di adeguate dimensioni, con un corpo di dipendenti specificamente dedicato, formato e costantemente aggiornato.

Sicché, la sfida di competitività affidata alle nuove procedure, necessita che rapidamente si proceda alla riduzione del numero e qualificazione delle stazioni appaltanti.

Avuto riguardo ai criteri di qualificazione fissati dal codice per le stazioni appaltanti e che saranno in dettaglio declinati dalle linee guida dell'ANAC, è verosimile che le amministrazioni dovranno procedere a processi di riorganizzazione interna: è auspicabile che in ciascuna amministrazione le funzioni di stazione appaltante siano concentrate in un unico ufficio/direzione, anziché, come oggi sovente accade, in una pluralità di uffici tecnico-amministrativi collocati in diverse direzioni o dipartimenti.

Si osserva, infine, che, se è importante ridurre le stazioni appaltanti per specializzarle, da un lato è necessario un rigoroso sistema di controlli e vigilanza sulle grandi stazioni appaltanti e grandi centrali di committenza, e dall'altro, occorre evitare che un oligopolio sul versante della domanda possa penalizzare, su quello dell'offerta, le PMI. Sotto tale profilo il principio di delega che esige misure di tutela delle PMI nei confronti della grande committenza va soddisfatto ponendo nel codice chiari confini ai poteri demandati agli atti attuativi di Consip e altre centrali di committenza.

III.d) Requisiti morali, requisiti reputazionali, *rating* di impresa, premialità e penalità, qualificazione degli operatori economici, soccorso istruttorio, coordinamento con la disciplina antimafia (artt. 80 e ss. codice)

La materia dei requisiti morali e di capacità tecnica e economica ha sinora avuto una disciplina complessa, che ha statisticamente costituito una importante percentuale del contenzioso sugli appalti pubblici.

Il nuovo codice segna anche in questo ambito un significativo cambio di passo, avviando un'evoluzione da un sistema "statico" di requisiti formali verso un sistema "dinamico" di requisiti sostanziali, di tipo reputazionale, e ponendo le premesse per una revisione del sistema di qualificazione incentrato sulle SOA.

Tuttavia le cause di esclusione per difetto di requisiti morali necessitano verosimilmente di una formulazione più chiara e fruibile da parte delle stazioni appaltanti, nonché di un migliore coordinamento con il codice penale e la legislazione antimafia. Potrebbe inoltre essere opportuno non rinunciare a alcuni criteri moralizzatori di maggior rigore della disciplina italiana, contenuti nel (pre)vigente art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

La giusta esigenza di requisiti reputazionali non potrà andare a scapito dell'insopprimibile diritto costituzionale di azione in giudizio (art. 24 Cost.), potendosi e dovendosi piuttosto stigmatizzare gli abusi del processo perpetrati con liti emulative e condotte processuali dilatorie (v. art. 84, comma 4, lett. d), codice).

Sul sistema di qualificazione degli operatori economici dovranno rispettarsi i tempi ipotizzati per una revisione straordinaria e una successiva riflessione sul mantenimento o modifica del modello SOA.

Sul soccorso istruttorio occorre un'attenta valutazione dell'evoluzione giurisprudenziale su un istituto di nascita recente e non adeguatamente inserito nel tessuto dei nuovi istituti codicistici (tra cui il documento di gara unico europeo).

Quanto alla disciplina antimafia, la stessa risulta richiamata in più articoli del codice (vedi: art. 47, commi 17 e 18; art. 80, comma 2, art. 89, comma 5; art. 108, comma 2, lett. b); art. 110; art. 194, commi 8 e 10).

Manca, tuttavia, una clausola generale di salvezza di quanto disposto nella vigente normativa antimafia, contenuta, invece, nell'abrogando codice appalti del 2006 (art. 247).

Una siffatta clausola potrebbe essere utile nelle more di una più approfondito coordinamento del nuovo codice con il d.lgs. n. 159/2011 a sua volta oggetto di continui aggiornamenti normativi,

coordinamento da operarsi in sede di decreto correttivo del codice.

III.e) Offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95 codice)

La manifesta preferenza delle direttive e della legge delega per tale criterio impone una declinazione chiara volta a renderne l'applicazione effettiva, limitandone l'ambito solo nello stretto necessario imposto dai principi di delega, evitando elusioni e fughe nel più semplice, ma più "controverso", metodo del prezzo più basso.

Il monitoraggio nei primi anni di applicazione sarà essenziale per comprenderne l'effettiva applicazione e portata.

III.f) Qualità della progettazione e separazione tra progettazione ed esecuzione (artt. 23, 24, 95, 180, 183 codice)

La centralità e la qualità della progettazione sono declinate dalla delega e dal codice attraverso vari istituti: i livelli della progettazione, la verifica dei progetti, la qualificazione dei soggetti ammessi agli appalti di servizi di progettazione e concorsi di progettazione, il concorso di idee, la regola della ordinaria separazione tra affidamento della progettazione e affidamento dell'esecuzione, il divieto di utilizzo del criterio del prezzo più basso per affidare servizi di progettazione; le specifiche regole per la progettazione negli appalti relativi a beni culturali.

Tali principi esigono puntuale e celere adozione delle discipline attuative, in particolare in tema di livelli della progettazione e requisiti dei progettisti.

La delega, poi, vieta l'utilizzo del criterio del prezzo più basso nell'affidamento di servizi afferenti all'ingegneria e all'architettura e dei servizi di natura tecnica (art. 1, comma 1, lett. oo). Di tale principio si indicheranno quelle che sembrano le più corrette modalità applicative, in sede di esame dell'art. 95.

Dovrà anche esservi un monitoraggio volto a verificare che negli affidamenti di servizi e concorsi di progettazione, e concorsi di idee, non vi siano interpretazioni elusive dell'art. 95 e fughe nel criterio del prezzo più basso, che non garantirebbe la qualità progettuale.

Il principio di tendenziale separazione tra progettazione ed esecuzione orienterà le indicazioni da parte di questo Consiglio su singoli articoli nei quali residua un margine di ambiguità.

III.g) Dibattito pubblico e partecipazione dei portatori di interessi (art. 22)

Il nuovo (per la legislazione statale) istituto del dibattito pubblico, già peraltro introdotto da molte leggi regionali e diffuso in ordinamenti stranieri, è uno strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto. Uno strumento di partecipazione democratica che in prospettiva assicura una maggiore accettazione sociale dell'opera, previene contenzioso, accelera la realizzazione dell'opera stessa.

Una disciplina puntuale, effettiva, efficace, che assicuri al contempo partecipazione senza un eccesso di polverizzazione della stessa, costituisce un impegno difficile ma anche una sfida non rinviabile.

Anche su tale istituto si raccomanda un'attenta attività di monitoraggio, anche al fine di eventuali disposizioni correttive.

III.h) Appalti della protezione civile (art. 163 codice)

Si chiede particolare riflessione nel recepimento dei criteri di delega relativi agli appalti della protezione civile.

La legge delega dispone *“l) previsione di disposizioni concernenti le procedure di acquisizione di servizi, forniture e lavori da applicare in occasione di emergenze di protezione civile, che coniughino la necessaria tempestività d'azione con adeguati meccanismi di controllo e pubblicità successiva, con conseguente espresso divieto di affidamento di contratti attraverso procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie, ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali”*.

Il codice a sua volta li disciplina negli artt. 63 e 163, rispettivamente quale ipotesi nominata di quella *“estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili”* (che secondo le direttive comunitarie giustifica il ricorso alla procedura negoziata senza bando, purché *“nella misura strettamente necessaria”*), e tra i casi di utilizzo dell'affidamento diretto di somma urgenza.

Peraltro, da un lato, non è necessaria una menzione espressa degli eventi di protezione civile tra i casi di estrema urgenza che giustificano l'utilizzo della procedura negoziata senza bando, atteso che la menzione potrebbe avere solo portata esemplificativa e mai riduttiva del rigore delle prescrizioni comunitarie.

Dall'altro lato nell'art. 163, che ancora le procedure derogatorie al verificarsi degli “eventi” o alla “previsione del loro imminente verificarsi”, e che non fissa limiti di importo, dovrà usarsi una terminologia univoca al fine di delimitare i presupposti della deroga alle procedure ordinarie, quanto a:

- tipologia degli eventi (solo quelli della lett. c) dell'art. 2, l. n. 225/1992);
- ambito della “*previsione dell'imminente verificarsi degli eventi*”, che deve essere - una previsione ragionevole, ancorata a parametri oggettivi e scientifici, e riferita ad una rilevante probabilità del verificarsi degli eventi;
- misura strettamente necessaria della deroga;
- limiti di importo, comunque inferiori alle soglie comunitarie.

Dovrà inoltre esserci un supplemento di riflessione in ordine alla mancata abrogazione espressa di vigenti norme extravaganti che attualmente consentono deroghe in materia di affidamenti di appalti della protezione civile, norme di cui si potrebbe giustificare l'abrogazione espressa o perché è superata l'esigenza che ne costituiva il presupposto applicativo, o perché il regime derogatorio non è più in linea con la nuova disciplina (v. a titolo di esempio art. 2, comma 9, d.l. n. 39/2009; art. 4, comma 3-ter, d.l. n. 74/2012).

III.i) Appalti nei settori speciali (artt. 114, 122, 123)

In relazione agli appalti nei settori speciali si impone una osservazione di carattere generale, che costituirà la chiave di lettura dei rilievi puntuali.

Il (pre)vigente codice appalti ha optato per un recepimento unitario delle dure direttive del 2004, nn. 17 e 18, relative ai settori speciali e ordinari. A tal fine, dopo aver dettato la disciplina per gli appalti nei settori ordinari, ha individuato quali di queste disposizioni fossero applicabili nei settori speciali, con una disposizione-elenco (art. 206 previgente) e poi ha dettato le norme autonome e specifiche.

Anche il presente codice opta per un recepimento unitario delle direttive, e dopo aver dettato disposizioni comuni e disposizioni per i settori ordinari, individua, per i settori speciali, la disciplina applicabile con una triplice tecnica:

- la inclusione, già nella parte generale, di disposizioni specifiche per i settori speciali;
- la ricognizione delle disposizioni applicabili, dettate per i settori ordinari;
- le disposizioni specifiche.

Tuttavia, la individuazione delle disposizioni dei settori ordinari applicabili nei settori speciali non avviene in un unico articolo ricognitivo (come fa il (pre)vigente art. 206), ma con una serie di rinvii plurimi e tra loro non sempre coordinati.

Norme di rinvio alla disciplina dei settori ordinari sono contenute negli artt. 114, 122, 127, 133 tutti e quattro articoli nel cui corpo si richiamano in blocco gruppi di articoli della disciplina dei settori

ordinari; ulteriori rinvii puntuali alla disciplina dei settori ordinari sono contenuti negli artt. 123, 124, 125, 126, 127, 130, 132 (che rinviano, rispettivamente: alla disciplina ordinaria per dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione; all'art. 91 sulla forcella; all'art. 80 sui requisiti morali; ad alcune previsioni degli artt. 52 e 53; agli artt. 73 e 74; all'art. 73; agli artt. 76 e ss.).

Tale tecnica comporta l'effetto pratico che in molti casi si rendono applicabili ai settori speciali le più severe disposizioni previste dal diritto comunitario per i settori ordinari (ad. es. in tema di presupposti per dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione), ovvero disposizioni di maggior rigore dettate dal legislatore nazionale per i settori ordinari e finora non applicabili nei settori speciali (nell'impianto del d.lgs. n. 163/2006).

La legge delega pone per i settori speciali i principi della *“puntuale indicazione... delle disposizioni ad essi applicabili”*, *“anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati”*; per gli affidamenti sotto soglia, si prevede la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti nel rispetto dei principi del TFUE a tutela della concorrenza (lett. hh) e lett. ii) legge delega).

Questa Commissione speciale ritiene che i principi di delega che impongono nei settori speciali la trasparenza e l'apertura dei mercati supportino la scelta del codice di estendere ai settori speciali disposizioni di maggior rigore in tema di trasparenza e pubblicità (artt. 29 e 79 codice), e quelle in materia di dibattito pubblico (art. 22): non si tratta di oneri amministrativi non necessari, ma di regole proconcorrenziali, nel primo caso, ovvero, nel secondo caso, di strumenti di partecipazione democratica delle collettività locali alle scelte di localizzazione delle opere pubbliche, ivi comprese quelle dei settori speciali quali reti ferroviarie, porti, aeroporti.

L'obiettivo della trasparenza e apertura dei mercati fa ritenere corretta anche l'ulteriore opzione del codice di estendere ai settori speciali le disposizioni in tema di albo dei commissari di gara gestito dall'ANAC; estensione peraltro limitata ai casi di appalti indetti da amministrazioni aggiudicatrici sopra soglia, e dunque con la non obbligatorietà dell'utilizzo di tale albo:

- a) per gli appalti sopra soglia degli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici (art. 77, comma 13);
- b) per gli appalti sotto soglia sia delle amministrazioni aggiudicatrici

(art. 77, comma 3), sia delle imprese pubbliche che utilizzano propri regolamenti (art. 36, comma 8, coerente con il criterio specifico di delega della lett. ii) e con il (pre)vigente art. 238, comma 7).

Si richiede, invece, un supplemento di riflessione in ordine alla compatibilità con le peculiarità dei settori speciali dell'estensione di discipline quali quelle relative agli atti di programmazione dei contratti pubblici (art. 21), alle garanzie dell'offerta e dell'esecuzione (artt. 93 e 103), ai criteri di determinazione della soglia di anomalia delle offerte (art. 97), ai presupposti del dialogo competitivo e del partenariato per l'innovazione, all'esecuzione del contratto, quanto meno nei casi in cui gli enti aggiudicatori non siano amministrazioni aggiudicatrici ma imprese.

Ove l'estensione ai settori speciali di regole dettate per i settori ordinari sia ritenuta necessaria oltre i limiti derivanti dai principi prescritti dalla legge delega (trasparenza e apertura dei mercati), occorrerà darne conto con adeguata motivazione nell'AIR, come già osservato in tema di deroghe al divieto di *gold plating*.

Si segnala altresì, allo stato, che, a causa verosimilmente dell'erronea o incompleta individuazione delle disposizioni applicabili ai settori speciali (v. in particolare art. 114 comma 8), manca del tutto una disciplina dell'esecuzione, sia pure limitatamente alle poche disposizioni dettate dalla direttiva 25 (subappalto, varianti, risoluzione). Ove si ritengano applicabili le corrispondenti disposizioni dettate per subappalto, risoluzione, varianti, dettate per i settori ordinari (ma che sembrano costituire recepimento anche delle disposizioni pertinenti della direttiva 25), andrebbe meglio esplicitato.

III.1) Concessioni e partenariati, contraente generale, infrastrutture strategiche (artt. 164, 168, 177, 178, 180, 194, 200)

Le Parti III, IV e V contengono gli istituti di maggiore rilevanza economica e su cui si è maggiormente concentrata l'attenzione mediatica degli ultimi mesi (concessioni, partenariato, contraente generale, finanza di progetto, infrastrutture strategiche).

E' essenziale una corretta definizione del rischio trasferito al partner privato, quale elemento che differenzia una concessione da un appalto.

La durata massima del rapporto, il rinnovo, gli obblighi di esternalizzazione, l'ambito della progettazione affidata al partner privato, sono punti cardine della legge delega, che richiedono norme di recepimento puntuali e univoche.

Sia in relazione al tema degli affidamenti a soggetti *in house*, sia in tema

di concessioni di servizi, che possono in ipotesi avere ad oggetto servizi economici di interesse generale (essendo esclusi dall'ambito della direttiva 23 e conseguentemente del codice solo i servizi non economici di interesse generale), andrà verificata dal legislatore delegato la coerenza, disciplinativa e terminologica, tra il presente codice e i decreti legislativi in corso di approvazione, relativi alle società pubbliche e ai servizi pubblici locali di interesse economico generale.

III.m) Affidamenti *in house*, procedure di scelta del socio, società pubbliche (artt. 1, 5, 30, 192)

Si richiama l'attenzione sul tema, affrontato trasversalmente in plurime disposizioni del codice, degli affidamenti *in house*, delle società pubbliche, delle procedure di scelta del socio.

Quanto agli affidamenti *in house*, il codice stabilisce a quali condizioni è legittimo un affidamento diretto a soggetto *in house*, senza ricorso al mercato. Non affronta le condizioni in presenza delle quali le pubbliche amministrazioni possono dare vita a un soggetto *in house*.

Sotto tale profilo, occorre che il codice sia raccordato con la nuova disciplina delle società pubbliche, in corso di approvazione, rilevandosi alcune incoerenze tra l'art. 5, comma 1, lett. c), le corrispondenti previsioni delle direttive 23, 24, 25 (rispettivamente art. 17, par. 1, lett. c); art. 12, par. 1, lett. c), art. 28, par. 1, lett. c), e l'art. 16 dell'approvando decreto legislativo sulle società pubbliche (si rinvia alle osservazioni *sub* art. 5).

Quanto alla costituzione di società miste (con partecipazione pubblica e privata), ove essa sia consentita dalla citata nuova disciplina delle società pubbliche, andrà esplicitato che trova applicazione il presente codice quanto alle procedure di evidenza pubblica di scelta del socio privato, in ossequio a consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale (recepita nel (pre)vigente codice, con regola allo stato non riprodotta nel presente codice), e secondo quanto espressamente affermato pure nell'art. 7, comma 5, dell'approvando decreto legislativo sulle società pubbliche (si rinvia alle osservazioni *sub* artt. 1 e 30).

Quanto agli affidamenti di lavori, servizi e forniture da parte di società miste, sottoposto al codice (art. 1, comma 2, lett. d) occorrerà riflettere se non integri *gold plating* l'imposizione del rispetto integrale delle regole del presente codice, senza alcuna eccezione (si rinvia alle osservazioni *sub* art. 1).

III.n) Precontenzioso e contenzioso (artt. 204, 211)

Il codice appresta un corpo normativo cui è sottesa l'esigenza della riduzione dei contenziosi e della definizione veloce delle liti.

Questo obiettivo è anzitutto affidato, in via preventiva, alle buone regole e alla buona amministrazione, nonché ai nuovi criteri reputazionali di selezione degli operatori, volti a creare una nuova cultura e responsabilità etica dei partecipanti alle gare.

Quando tuttavia il contenzioso sia inevitabile, occorre trovare un ragionevole punto di equilibrio tra la giusta esigenza di rapida definizione delle liti e il valore, costituzionale e sovranazionale, dell'effettività della difesa. La tutela giurisdizionale, proprio nel settore degli appalti pubblici, secondo i principi comunitari non può essere ostacolata, resa eccessivamente difficile, mutilata dalla tutela cautelare. Il sistema eurounitario si spinge ad apprestare una tutela cautelare *ex lege* ai concorrenti: il c.d. *standstill*.

Le nuove disposizioni processuali impongono l'immediata impugnazione di ammissioni e esclusioni, al condivisibile fine di deflazionare il successivo contenzioso sull'aggiudicazione, nella prassi complicata ed esasperato dai ricorsi incidentali che rimettono in discussione la fase di ammissione. Tuttavia tale onere di immediata impugnazione, che grava le parti con tempi stretti e ulteriori costi processuali, dovrà essere compensato da una tempestiva accessibilità degli atti di gara inerenti ammissioni ed esclusioni, e, in prospettiva, e fatte le pertinenti verifiche di compatibilità finanziaria, con una rimodulazione del contributo unificato. La Corte di giustizia dell'Unione europea è già intervenuta sulla misura del contributo unificato per i pubblici appalti, come previsto dalla legge italiana, riconoscendone la legittimità comunitaria "a condizione" di una interpretazione caso per caso ispirata al criterio della proporzionalità (dovendo il giudice nazionale valutare che non è dovuta una duplicazione del contributo se i motivi proposti separatamente contro atti diversi sono identici o sostanzialmente tali o comunque non costituiscono un ampliamento considerevole della materia del contendere) [C. giust. UE 6.10.2015 C-61].

Gli strumenti precontenziosi apprestati dal codice (parere vincolante dell'ANAC sull'accordo delle parti; raccomandazione dell'ANAC alle stazioni appaltanti a rimuovere atti in autotutela), se non ben definiti nei presupposti, procedimento, ed effetti, potrebbero sortire l'effetto di generare ulteriore contenzioso, con una eterogenesi dei fini che l'intervento legislativo si prefigge.

A sua volta, il nuovo rito processuale che onera della impugnazione immediata delle ammissioni in gara, se depotenzia la tattica dei ricorsi incidentali strumentali, deve tuttavia coordinarsi con le regole sulla piena conoscibilità degli atti di gara. Dovrà anche valutarsi una riflessione sulla misura del contributo unificato, al fine di non rendere la tutela giudiziaria (articolata in struttura bifasica, con la doppia impugnazione degli atti di ammissione/esclusione e della successiva aggiudicazione) troppo complessa e costosa.

IV. ESAME DEI SINGOLI ARTICOLI

ARTICOLO 1 (OGGETTO E AMBITO DI APPLICAZIONE)

L'art. 1 dello schema di decreto, nel definire l'ambito di applicazione della nuova normativa, riprende il contenuto di alcune disposizioni contenute nelle direttive (artt. 1, 13 e 23 della direttiva 2014/24/UE, nonché 1 e 27 della direttiva 2014/23/UE).

Articolo 1, comma 2, lettera d)

L'art. 1, comma 2, lett. d), dispone che il codice si applica anche ai *“d) lavori, servizi e forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, fatto salvo quanto previsto all'articolo 192”*.

La qualificazione come soggetto tenuto al rispetto delle regole di scelta del contraente anche delle società appartenenti alla tipologia descritta (che non sono né organismi di diritto pubblico né soggetti *in house*) non è imposta dal diritto europeo. La norma riprende il contenuto dell'art. 32, comma 1, lett. c), dell'abrogando d.lgs. n. 163 del 2016.

Il mantenimento di tale disposizione potrebbe presentare problemi di compatibilità con il riordino delle società pubbliche in corso di definizione in attuazione della legge n. 124 del 2015, nel cui ambito tale tipologia societaria non sembra collocarsi in modo sistematicamente coerente. Si segnala, inoltre, che la norma in esame rinvia a disposizioni contenute nel d.lgs. n. 267 del 2000, che saranno “superate” dal nuovo testo unico sui servizi pubblici locali. Se si decidesse di mantenere il testo in esame, si segnala l'opportunità di riprodurre nel codice anche quanto previsto dal terzo comma del citato art. 32, il quale dispone che dette società

“non sono tenute ad applicare le disposizioni del presente codice limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni: 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita”.

E' inoltre opportuno, alla luce dei vincoli comunitari, ribadire la previsione dell'obbligo di indire una procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato delle società miste (art. 1, comma 2 del (pre)vigente codice dei contratti pubblici), secondo quanto dispone pure l'art. 7, comma 5, dell'emanando d.lgs. sulle società pubbliche.

Articolo 1, comma 7

L'art. 1, comma 7, prevede che: *“Il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale adotta, d'intesa con l'ANAC, direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, tenuto conto dei principi fondamentali del presente codice e delle procedure applicate dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte. Resta ferma l'applicazione del presente codice alle procedure di affidamento svolte in Italia”.*

La questione involge la tematica più generale del ruolo dell'ANAC. Nella specie, la formulazione “d'intesa” con l'ANAC è eccessivamente generica, non venendo chiarito se si tratta di un mero parere ovvero di un “accordo” vero e proprio.

Articolo 1 comma 9

L'art. 1, comma 9, fa salve tutte le speciali disposizioni vigenti in materia di contratti pubblici per le amministrazioni, gli organismi e gli organi dello Stato dotati di autonomia finanziaria e contabile.

E' una limitazione non prevista né nel (pre)vigente codice, né nelle direttive.

La legge delega, all'art. 1, comma 7, dispone, con previsione che non ha contenuto di principio di delega, ma è immediatamente precettiva, che *“gli organi costituzionali stabiliscono nei propri ordinamenti modalità attuative dei principi e criteri direttivi previsti dalla presente legge nell'ambito delle prerogative*

costituzionalmente riconosciute". Quello di "organi costituzionali" è un ambito ben più ristretto di quello di "organi dello Stato dotati di autonomia finanziaria e contabile".

Inoltre, gli organi costituzionali devono comunque adeguarsi ai principi e criteri direttivi della legge delega secondo il citato comma 7, e non rientrano tra le esclusioni prescritte dalle direttive comunitarie.

Pertanto, il comma 9 dell'art. 1 del codice va espunto e sostituito, se del caso, con una salvezza di quanto disposto dall'art. 1, comma 7, legge n. 11/2016 (disposizione di per sé precettiva senza necessità di recepimento nel decreto delegato) formulata come segue: "E' fatto salvo quanto disposto dall'articolo 1, comma 7, della legge 28 gennaio 2016, n. 11".

In relazione al *drafting* dell'art. 1 si osserva:

- al comma 2, sostituire le parole "Le disposizioni di cui al presente codice" con "Le disposizioni del presente codice";

- al comma 2, lett. a), n. 2, sopprimere la parola "amministrative", perché le direttive comunitarie riguardano i lavori riguardanti edifici destinati a funzioni pubbliche *tout court*, non solo amministrative (ma anche giudiziarie o legislative);

- al comma 2, lett. f), primo periodo sostituire le parole "o altri titoli abilitativi" con "o un altro titolo abilitativo", nonché sostituire le parole "dette opere" con le parole "le relative opere";

- al comma 5 sostituire la parola "norme" con "disposizioni".

ARTICOLO 2 (COMPETENZE LEGISLATIVE DI STATO E REGIONI)

L'art. 2 dispone che: "Le Regioni esercitano le funzioni di propria competenza nelle materie di cui al presente codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e delle disposizioni di legge statale".

Nel rinviare a quanto esposto nella parte generale del presente parere sul riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni, ci si limita qui a rilevare che lo schema di decreto non ha inteso introdurre, con norma generale, prescrizioni vincolanti relative al riparto di competenze, limitandosi a dettare una disposizione di mera "auto-qualificazione", che in quanto tale, alla luce delle considerazioni generali già svolte, non ha alcuna valenza vincolante negli eventuali giudizi di costituzionalità.

La proposta è, pertanto, quella di non riprodurla nel testo definitivo.

Se si intende riprodurla si segnala la seguente criticità.

In primo luogo, l'attuale formulazione sembra riconoscere uno spazio generale di intervento alle Regioni che la giurisprudenza costituzionale

riconosce soltanto nei limiti già indicati nella parte generale di questo parere.

In secondo luogo, la norma pone quale vincolo all'esercizio delle funzioni legislative regionali il rispetto di "disposizioni di legge statale". La dizione è eccessivamente generica in quanto non si comprende quali siano le "disposizioni" che possono venire in rilievo. Il riferimento dovrebbe essere alle sole "disposizioni", relative al settore dei contratti pubblici, che sono adottate dal legislatore statale nell'esercizio di una funzione legislativa in una materia di propria competenza costituzionale, non senza rilevare che nelle materie di competenza concorrente il vincolo per le Regioni deriva dai soli "principi" e non da tutte le "disposizioni" della legge statale.

Si propone, in alternativa alla eliminazione della norma, la seguente formulazione.

"1. Le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto.

2. Le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione.

3. Le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione."

ARTICOLO 3 (DEFINIZIONI)

L'art. 3 contiene richiami alle singole definizioni mediante un sistema di duplicazione delle lettere che rende di difficile lettura il testo.

La lett f) dell'art. 3 reca la definizione di "soggetti aggiudicatori" ai soli fini della Parte III, e di "altri soggetti aggiudicatori" intesi come soggetti privati tenuti all'osservanza del codice. Si segnala che la parte III riguarda le concessioni e in essa non compare la figura dei soggetti aggiudicatori, che è invece propria degli istituti della finanza di progetto, del

partenariato, del contraente generale e infrastrutture strategiche (v. anche il (pre)vigente codice appalti d.lgs. n. 163/2006, art. 3, comma 32).

Pertanto, il corretto riferimento è alla parte IV, e non III, del codice.

Inoltre, si segnala che l'espressione soggetto aggiudicatore compare anche negli articoli 27 e 104, che non sono contenuti nella parte IV (né nella parte III). Al fine di evitare confusioni definitorie e applicative si suggerisce di rivedere e chiarire la terminologia utilizzata negli articoli 27 e 104.

La lett. eee) dell'art. 3 reca una definizione di partenariato pubblico privato che fa riferimento alle sole "opere fredde" e manca qualsiasi riferimento alle concessioni e al partenariato istituzionale, presenti invece nel d.lgs. 163/2006 all'art. 3, comma 15-ter. Inoltre, lo stesso istituto trova una definizione anche nell'art. 180 (partenariato pubblico-privato), dove si riscontra una definizione più corretta di partenariato che considera anche le "opere calde". La presenza di due definizioni, peraltro non univoche, per lo stesso oggetto può creare rischi interpretativi; pertanto sarebbe opportuno riportare nell'art. 3 la definizione contenuta nel citato art. 180, limitandosi in quest'ultimo a operare un rinvio all'art. 3.

Nella lett. uu) dell'art. 3, nella definizione delle concessioni, è opportuno sostituire le parole "*gestire i lavori*" e "*gestione dei lavori*", rispettivamente con "*gestire le opere*" e "*gestione delle opere*". Infatti ciò che si gestisce nella concessione sono le opere, non i lavori, come del resto si evince dalla versione francese delle direttive, che distinguono tra *ouvrage* e *travaux*.

La lett. vvv) dell'art. 3 reca la definizione del dialogo competitivo, prevedendo come presupposto di ammissibilità che si tratti di appalti "particolarmente complessi". Si propone di eliminare l'inciso "*in caso di appalti particolarmente complessi*" che è mutuato dalla definizione del dialogo competitivo contenuta nell'art. 3 dell'abrogando d.lgs. n. 163/2006, ma che era ritagliata sulla direttiva 18/2004, che circoscriveva il dialogo competitivo agli appalti "particolarmente complessi". Gli artt. 26, par. 4 e 30 direttiva 24, facendo riferimento ai diversi requisiti dell'innovatività, della negoziazione e dell'esistenza di soluzioni disponibili, non contengono tale presupposto, né lo contengono gli artt. 59 comma 2 e 64 del codice. Perciò la definizione non è in linea con il recepimento del dialogo competitivo, né con la direttiva, né con la legge delega che pone il generale divieto di *gold plating*.

Sul piano del *drafting*, infine, si osserva che l'uso delle lettere per elencare le 83 definizioni contenute nell'art. 3 è molto pesante e sacrifica la leggibilità della disposizione. Si suggerisce, pertanto di usare i numeri per ordinare le definizioni ovvero, in conformità al metodo adoperato nell'art. 3 del (pre)vigente codice, di creare tanti commi quante sono le definizioni.

Sul piano del *drafting* dell'art. 3 si osserva quanto segue:

- nella lett. t), n. 3, sostituire le parole "*hanno il diritto di nominare*" con le parole "*possono designare*", più corretta e coerente con l'art. 4, par. 2, direttiva 25;

- nella lett. zz), apporre una virgola dopo le parole “<<*rischio operativo*>>”;
- nella lett. eee), primo periodo, sostituire le parole “*in virtù del*” con “*in base al*”;
- nella lett. fff), sostituire la parola “*durata*” con “*efficacia*”;
- nella lett. lll), aggiungere una virgola dopo la parola “*Trattati*”;
- nella lett. zzz), dopo le parole “<<*sistema telematico*>>”, aggiungere la parola “*un*”;
- nella lett. bbbb), dopo le parole “<<*mercato elettronico*>>”, aggiungere la parola “*uno*”.

ARTICOLO 4 (PRINCIPI RELATIVI ALL’AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI ESCLUSI)

L’art. 4 dispone che: “*L’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità*”.

La norma riprende il contenuto del (pre)vigente art. 27 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Rispetto al (pre)vigente art. 27, si registra una maggiore ampiezza, in quanto non si impone l’onere di consultare almeno cinque operatori economici prima dell’affidamento.

Sarebbe tuttavia preferibile – anche in coerenza con il criterio di delega di cui alla lettera ii), in materia di contratti sottosoglia, e in funzione di prevenzione di possibili comportamenti illeciti e anticompetitivi - onerare le stazioni appaltanti, se compatibile con l’oggetto del contratto, della consultazione di un numero minimo di operatori economici, prima dell’affidamento, trattandosi di contratti che possono essere di importo rilevante.

Non si tratterebbe, come rilevato nella parte generale, di un ingiustificato e burocratico *gold plating*, ma di disposizione proconcorrenziale e di maggiore trasparenza anche in funzione di prevenzione della corruzione.

ARTICOLO 5 (PRINCIPI COMUNI PER CONCESSIONI, APPALTI E ACCORDI)

La disciplina degli affidamenti *in house* è contenuta negli artt. 5 e 192 dello schema qui in esame.

L'art. 5, che trova la propria collocazione nel titolo II della parte I, dedicato ai *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione* del codice, enuncia i principî comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico, ed attua le generali previsioni dall'art. 17 della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni, dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e dall'art. 28 della direttiva 2014/25/UE sugli appalti pubblici nei settori speciali, disposizioni di eguale tenore e finalità, recanti una disciplina di principio che tratteggia solo nelle sue linee essenziali le caratteristiche salienti e, per così dire, il minimo comun denominatore del vasto e complesso fenomeno dell'*in house*, ben noto, pur al di là della molteplicità ed eterogeneità dei singoli tipi, all'esperienza giuridica di numerosi ordinamenti nazionali in ambito europeo.

L'art. 192, invece, costituisce specifica attuazione di ulteriori criteri contenuti nella legge delega.

Come meglio si dirà in sede di osservazioni sull'art. 192, il contenuto di quest'ultimo ha portata generale e andrebbe accorpato con quello dell'art. 5, dentro l'art. 5.

Le disposizioni in esame devono essere raccordate con la disciplina generale delle società pubbliche affidata all'attuazione della specifica delega di cui all'art. 18 della l. 124/2015 mediante apposito decreto legislativo, il cui schema recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*" è stato approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 20.1.2016.

In particolare l'art. 4, dello schema di decreto legislativo citato, nell'elencare le finalità che giustificano la costituzione o partecipazione a società da parte di amministrazioni pubbliche, indica anche "*l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento*" (art. 4, comma 1, lett. d) dello schema.

Si rileva, nell'art. 5, comma 1, lett. c), a proposito delle forme di partecipazione del capitale privato alla società *in house*, una incoerenza tra il recepimento nazionale e le corrispondenti previsioni delle direttive, nonché con l'art. 16, comma 1, dell'approvando decreto legislativo sulle società pubbliche.

In particolare, gli artt. 12, par. 1, lett. c), direttiva 24, 17, par. 1, lett. c), direttiva 23, 28, par. 1, lett. c), direttiva 25, con identica formulazione dispongono che: *“nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata”*.

Da tale formulazione si evince che spetta ai legislatori nazionali fissare le forme di partecipazione del capitale privato, nel rispetto dei parametri comunitari.

A sua volta, l’art. 16, comma 1, dell’emanando d.lgs. sulle società pubbliche, dispone che nelle società *in house* affidatarie in via diretta di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *“non vi è partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prevista da norme di legge”*.

Invece, l’art. 5, comma 1, lett. c), si limita a consentire, in via di eccezione, *“forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata”*.

Manca, dunque il riferimento al limite della partecipazione di soci privati fissato dalla legge nazionale.

E’ auspicabile che tale limite vada inserito, in coerenza con l’art. 16 dell’approvando d.lgs. sulle società pubbliche, e al fine di lasciare alla legge il compito di delimitare le forme partecipazione di capitale privato alle società sottoposte a controllo pubblico.

Pertanto, nell’art. 5, comma 1, lett. c), dopo le parole *“potere di veto”* aggiungere le parole *“, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati,”*.

Nel comma 1 dell’art. 5, alla lett. a) le parole *“un’amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore”* vanno sostituite con le parole *“l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore”*.

Il rilievo ha carattere sia formale che sostanziale.

E, invero, anche le direttive 23 e 24 usano l’articolo determinativo e non quello indeterminativo, trattandosi di un rapporto bilaterale tra una data stazione appaltante e le sue società *in house*, e non di un rapporto tra una qualsiasi stazione appaltante e una società *in house* facente capo ad un altro soggetto.

Sul piano del *drafting*, nell'art. 5, comma 1, dopo le parole “*di diritto privato*” aggiungere una virgola.

ARTICOLO 6 (JOINT VENTURE)

Nella rubrica dell'art. 6 occorre sostituire la parola “*Appalti*” con le parole “*Appalti nei settori speciali*”, essendo questo il corretto ambito come si desume dalle direttive 23 e 25 (rispettivamente articoli 14 e 30, e non essendovi tale esclusione nella direttiva 24 per i settori ordinari) e dal contenuto dell'articolo.

La formulazione dell'art. 6, comma 1, primo periodo, raffrontata con i corrispondenti art. 14 della direttiva 23 e art. 30 della direttiva 25, evidenzia un errore di recepimento, in quanto si fa riferimento ad appalti aggiudicati “*a una joint venture*”, laddove invece si tratta, nella lett. a) dell'articolo, di appalti aggiudicati “*da una joint venture*”.

La disposizione del comma 1, quanto al periodo che precede il segno dei due punti, va riformulata come segue:

“In deroga all'articolo 5, a condizione che la joint venture sia stata costituita per le attività oggetto dell'appalto o della concessione per un periodo di almeno tre anni e che l'atto costitutivo preveda che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte almeno per un periodo di pari durata, il codice non si applica agli appalti nei settori speciali e alle concessioni aggiudicate da:”

ARTICOLO 7 APPALTI E CONCESSIONI AGGIUDICATI AD UN'IMPRESA COLLEGATA)

Nell'art. 7, comma 3, dopo la parola “*dimostrare*” va apposta una virgola.

ARTICOLO 8 (ESCLUSIONE DI ATTIVITA' DIRETTAMENTE ESPOSTE A CONCORRENZA)

L'art. 8, dedicato all'esclusione dagli obblighi di gara delle attività esposte direttamente a concorrenza, disciplina i presupposti generali che devono sussistere affinché gli enti aggiudicatori nei settori speciali non siano più obbligati a seguire le procedure di evidenza pubblica. In particolare, la condizione fattuale è rappresentata dall'apertura del settore alla libera concorrenza che viene accertata esistente all'esito di un procedimento di competenza della Commissione europea.

La direttiva demanda alla discrezionalità degli Stati membri di decidere se attribuire la legittimazione ad investire della questione la Commissione anche a “l’ente aggiudicatore”, che è quello che ha maggiore interesse a dimostrare la liberalizzazione del settore.

L’art. 35, comma 2, della direttiva n. 25 del 2014 dispone che, quando la domanda alla Commissione è proposta direttamente dall’ente aggiudicatore, la Commissione non deve effettuare alcuna comunicazione allo Stato membro ai fini del suo coinvolgimento se tale domanda è “accompagnata da una posizione motivata e giustificata adottata da una amministrazione nazionale indipendente”.

L’art. 8 del codice ha ammesso l’estensione della legittimazione prevedendo, al comma 6, che: *“gli enti aggiudicatori possono chiedere alla Commissione europea di stabilire l’applicabilità del comma 1 ad una determinata attività. A seguito dell’informazione data dalla Commissione in ordine alla richiesta, l’Autorità di cui al comma 5 (“Il Presidente del Consiglio dei ministri”) comunica alla Commissione le circostanze indicate nel predetto comma”*. Non è stata dunque prevista la possibilità che l’ente aggiudicatore proponga la domanda unitamente ad una relazione contenente la posizione motivata e giustificata dell’Autorità amministrativa indipendente di settore. Tale aggiunta riveste particolare rilevanza in quanto soltanto in questi casi la procedura può seguire un iter accelerato senza necessità di una comunicazione che la Commissione deve effettuare allo Stato.

Si chiede pertanto di valutare se si tratti di omissione consapevole o dovuta a imperfezione nel recepimento.

Sul piano formale, si osserva:

- al comma 2, le parole *“si ricorre a”* vanno sostituire con *“si tiene conto di”*;
- al comma 8, dopo le parole *“commi 5 e 6”* va eliminata la virgola.

ARTICOLO 9 (CONTRATTI DI SERVIZI AGGIUDICATI IN BASE AD UN DIRITTO ESCLUSIVO)

Nell’art. 9, comma 2, vi sono due rinvii interni erronei:

- il rinvio alla cabina di regia *“di cui all’articolo 214”* deve intendersi come *“di cui all’articolo 212”*;
- vi è poi un rinvio a un inesistente art. 224, che va corretto, verificando se il corretto rinvio sia all’art. 29 (principi in materia di trasparenza).

ARTICOLO 10 (CONTRATTI NEL SETTORE DELL'ACQUA, DELL'ENERGIA, DEI TRASPORTI E DEI SERVIZI POSTALI)

Nell'art. 10, comma 1, quarto rigo si segnala un refuso, sostituire le parole “di tali attività agli appalti” con le parole “di tali attività, né agli appalti”.

ARTICOLO 11 (APPALTI AGGIUDICATI DA PARTICOLARI ENTI AGGIUDICATORI)

L'art. 11 delinea un'esclusione dall'ambito di applicazione delle norme sui settori speciali dettate dal codice per gli appalti aggiudicati da particolari enti aggiudicatori. Nell'art. 11, comma 1, vanno espunte le parole “*relative ai settori speciali*”. L'attuale formulazione, infatti, è equivoca: dalla sua lettura sembra siano inapplicabili solo le disposizioni dei settori speciali e che resterebbero applicabili le disposizioni dettate per concessioni o settori ordinari. L'esclusione è, invece, totale, da tutte le disposizioni del codice (come si desume dall'art. 7, direttiva 24 e dalla direttiva 25).

ARTICOLO 12 (ESCLUSIONI SPECIALI NEL SETTORE IDRICO)

L'art. 12 pone un problema di coordinamento con l'art. 117 dello stesso codice e di corretto recepimento del punto hhh) della delega

La legge delega prescrive la “*disciplina organica della materia dei contratti di concessione mediante l'armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti, nonché la previsione di criteri per le concessioni indicate nella sezione II del capo I del titolo I della direttiva 2014/23/UE, nel rispetto dell'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 per le concessioni nel settore idrico*”. Non sembra che si sia recepito il punto di delega che richiama proprio al rispetto dell'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 per le concessioni nel settore idrico. Il Consiglio di Stato si limita a segnalarlo, trattandosi di questione di merito politico in ordine all'*an* e al *quomodo* del recepimento, anche in considerazione della pendenza di altro disegno di legge sull'acqua pubblica.

ARTICOLO 13 (APPALTI AGGIUDICATI A SCOPO DI RIVENDITA O LOCAZIONE A TERZI)

L'art. 13 riguarda una esclusione specifica per i settori speciali. Secondo l'art. 7, direttiva 24, le disposizioni dettate per i settori ordinari non si applicano né agli appalti dei settori speciali regolati dalla direttiva 25, né agli appalti che sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva 25. In sintesi, un appalto che in astratto ricade nei settori speciali ed è escluso dall'applicazione della direttiva 25, non è regolato neppure dalla direttiva 24.

Ciò premesso, l'art. 13 dispone che *“le disposizioni del presente codice relative ai settori speciali non si applicano agli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi”*. Così come è formulata, la previsione si presta all'equivoco interpretativo che sono inapplicabili solo le disposizioni del codice relative ai settori speciali, mentre restano applicabili le restanti disposizioni del codice.

La disposizione va perciò riformulata come segue: *“Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti aggiudicati nei settori speciali a scopo di rivendita o di locazione a terzi”*.

Inoltre sin dalla rubrica va chiarito l'ambito applicativo della disposizione, e pertanto dopo la parola *“Appalti”* vanno aggiunte le parole *“nei settori speciali”*.

ARTICOLO 14 (APPALTI E CONCORSI DI PROGETTAZIONE AGGIUDICATI O ORGANIZZATI PER FINI DIVERSI DAL PERSEGUIMENTI DUI UN'ATTIVITA' INTERESSATA O PER L'ESERCIZIO DI UN'ATTIVITA' NEI PAESI TERZI)

In relazione all'art. 14, che riguarda una esclusione specifica nei settori speciali, nel richiamare, per le motivazioni, quanto esposto in relazione all'art. 13, si osserva che nel comma 3 vanno espunte le parole *“relative ai settori speciali”*.

ARTICOLO 15 (ESCLUSIONI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE)

Nell'art. 15, si suggerisce di sostituire le parole *“Ai fini del presente articolo, i termini “rete pubblica di comunicazioni” e “servizio di comunicazione elettronica” hanno lo stesso significato che hanno nel decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 e successive modificazioni”* con le parole *“Ai fini del presente articolo si*

applicano le definizioni di “rete pubblica di comunicazioni” e “servizio di comunicazione elettronica” contenute nell’articolo 1 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 e successive modificazioni”.

ARTICOLO 16 (CONTRATTI E CONCORSI DI PROGETTAZIONE GGIUDICATI O ORGANIZZATI IN BASE A NORME INTERNAZIONALI)

L’art. 16 si presta a limitati rilievi di carattere formale:

- al comma 2, dopo le parole *“istituzione finanziaria internazionale”* va apposta una virgola;
- al comma 3, dopo le parole *“i commi 1 e 2”* va invece tolta la virgola.

ARTICOLO 18 (ESCLUSIONI SPECIFICHE PER CONTRATTI DI CONCESSIONI)

L’art. 18 reca alcune esclusioni specifiche per i contratti di concessione, facendo riferimento alla inapplicabilità delle *“disposizioni del presente codice relative alle concessioni”*. Vanno soppresse le parole *“relative alle concessioni”*, altrimenti si potrebbe ritenere che *a contrario* si applicano le altre disposizioni del codice. Invece l’esclusione è totale.

ARTICOLO 19 (CONTRATTI DI SPONSORIZZAZIONE)

Nell’art. 19 viene in parte riprodotto l’art. 26 dell’abrogando d.lgs. n. 163/2006. Quest’ultimo considerava una sola ipotesi di sponsorizzazione, mediante esecuzione diretta lavori, etc., che viene riprodotta nel comma 2 del presente articolo. Peraltro, il presente articolo prevede anche, nel comma 1, la sponsorizzazione mediante dazione di denaro o accollo di debito. Questa ipotesi è libera, salvo avviso e possibilità di partecipazione. Tuttavia anche per la sola dazione di denaro andrebbe verificata l’affidabilità del contraente privato, e comunque i suoi requisiti di moralità. Si ritiene che debba essere fatto quanto meno salvo il rispetto dell’art. 80 del codice sui requisiti di ordine morale (che a sua volta implica anche il rispetto della normativa antimafia), non potendosi consentire che un accordo di sponsorizzazione sia stipulato con soggetto che non ha i requisiti morali per contrarre con la pubblica amministrazione.

La sponsorizzazione in relazione ai beni culturali è regolata, oltre che nell’art. 120 d.lgs. n. 42 del 2004, dall’art. 151 del codice.

La sponsorizzazione può anche essere vista come una forma di partenariato, come si desume anche dalla rubrica dell’art. 151 del codice. In tale prospettiva, si demanda al Governo di valutare di

riassetto nel codice, con conseguente abrogazione, le ipotesi di sponsorizzazione previste dall'art. 43 della l. n. 449/1997, tuttora in vigore (sponsorizzazione di aree verdi pubbliche). A tal proposito si segnala che l'art. 43 l. n. 449/1997 prevede anche un regolamento attuativo da parte del Ministero dell'ambiente, di - recente trasmesso al Consiglio di Stato per il parere, ma restituito all'Amministrazione proponente [Cons. St., sez. affari normativi, 11-26 febbraio 2016 n. 558].

Il riassetto potrebbe avvenire nel presente articolo ovvero nell'art. 190 (rubricato: baratto amministrativo e interventi di sussidiarietà orizzontale).

L'art. 19 si presta inoltre ai seguenti rilievi di carattere formale:

- al comma 1, poiché ridondante, si può eliminare l'*incipit* e, in particolare, le parole "*Al fine di assicurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità*". Si tratta infatti di una formulazione ripetitiva dell'art. 4;

- al comma 2, le parole "*e/o*" vanno sostituite con "*o*" sia nel primo che nel secondo periodo.

ARTICOLO 20 (OPERA REALIZZATA A SPESE DEL PRIVATO)

L'art. 20 sottrae all'ambito di applicazione del codice l'ipotesi di opera pubblica o di lotto o parte di essa realizzata a cura e spese di un privato. Andrebbe quanto meno fatta salva l'applicazione delle disposizioni del codice sui requisiti morali (art. 80, che implica anche l'osservanza della normativa antimafia) e di qualificazione richiesti per realizzare un'opera pubblica. La circostanza che l'opera sia realizzata a cura e spese del privato non toglie, infatti, che si tratta di opera pubblica e che sussista il cogente interesse della pubblica amministrazione alla sua corretta realizzazione da parte di un soggetto qualificato professionalmente e dotato dei requisiti morali. Non senza considerare che fattispecie di tal fatta (assunzione di opere pubbliche a cura e spese dei privati), non necessariamente sono connotate da liberalità o gratuità, essendovi ipotesi in cui l'accollo dell'opera pubblica costituisce la controprestazione del privato a fronte dello scomputo di oneri economici di urbanizzazione e costruzione di opere private. La norma, in ogni caso, si appalesa eccessivamente generica e non chiarisce la finalità e le modalità attuative della stessa.

Sul piano formale, nel comma 3 va posta una virgola dopo la parola "*inadempimento*".

ARTICOLO 21 (PROGRAMMA DELLE ACQUISIZIONI DELLE STAZIONI APPALTANTI)

L'art. 21, nell'attuare il criterio direttivo della legge delega previsto dall'art. 1, comma 1, lett. bb), di razionalizzazione delle procedure di spesa delle stazioni appaltanti secondo criteri di razionalizzazione ed efficienza definisce gli strumenti del programma triennale dei lavori pubblici, già previsto dal codice dei contratti pubblici (art. 128), e il programma degli acquisti di beni e servizi, finora facoltativo. L'obbligo di dotarsi degli strumenti programmatici è applicabile agli enti aggiudicatori e non solo alle amministrazioni aggiudicatrici, come nel codice (pre)vigente. Saranno dunque soggetti ad esso anche enti formalmente privati [imprese pubbliche ed altri enti ex art. 3, comma 1, lett. e), dello schema di decreto], tenuti solo in alcuni casi al rispetto delle regole di evidenza pubblica, e per il resto operanti in regime di concorrenza [Cons. St., ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16].

Sotto questo profilo è quindi necessario valutare se questa estensione sia conforme ai principi costituzionali di libertà di impresa e con gli obiettivi fondamentali dell'evidenza pubblica comunitaria di imporre il rispetto degli obblighi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento tipici dell'agire amministrativo ad una sfera organizzativa interna e antecedente rispetto alla fase procedimentalizzata di scelta del contraente nei settori regolati dal codice. In definitiva tale obbligo (tra l'altro esteso anche ai lavori) risulta di problematica conciliabilità con l'attività di un'impresa che opera in un mercato competitivo e che per tale ragione dovrebbe poter modificare le proprie strategie d'impresa ed i propri piani di investimento in tempi e secondo modalità che non sarebbero compatibili con i vincoli procedurali stabiliti dalla disciplina in commento.

Si segnala inoltre l'opportunità di aggiungere nel comma 3, ultimo periodo, prima della parola "*superiore*", le parole "*pari o*", al fine di armonizzare la soglia di valore dei lavori ai fini dell'obbligo di allegazione del progetto di fattibilità dei lavori (€ 1.000.000) con quella minima per l'inserimento nel programma triennale (€ 100.000), precedentemente enunciata nel medesimo comma.

Sul piano formale, nel comma 9, primo periodo, le parole "*restano*

validi” e *“in vigore”* vanno sostituire, rispettivamente, con le parole *“si applicano”* e *“efficaci”*.

ARTICOLO 22 (TRASPARENZA NELLA PARTECIPAZIONE DI PORTATORI DI INTERESSI E DIBATTITO PUBBLICO)

L’art. 22 disciplina il dibattito pubblico nella pianificazione e programmazione di lavori di rilevanza sociale e di impatto territoriale e sulle popolazioni ivi insediate. Si tratta di uno dei punti qualificanti del nuovo codice, con il quale si dà attuazione ai criteri direttivi di trasparenza e partecipazione previsti alle lettere ppp) e qq) dell’art. 1, comma 1, della legge delega.

A tal fine, il primo comma della disposizione in esame enuncia l’obbligo di pubblicazione per i progetti aventi le descritte caratteristiche, mentre il successivo comma demanda ad un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti l’individuazione delle tipologie e delle soglie dimensionali di opere per le quali il dibattito pubblico è obbligatorio.

Il comma 3 disciplina la procedura in questione, incentrata sulla conferenza indetta dal soggetto proponente, da concludersi entro quattro mesi e con potestà di autodisciplinare le modalità di svolgimento del dibattito, alla quale partecipano non solo gli enti e le amministrazioni interessati, ma anche gli altri portatori di interessi, con formula che riecheggia l’art. 9 l. n. 241 del 1990, e tra questi i comitati cittadini *“i quali abbiano già segnalato agli enti locali territoriali il loro interesse”*. Si prevede quindi che il progetto di fattibilità, le osservazioni dei soggetti partecipanti e gli esiti del dibattito siano pubblicati *on line*.

Infine, il comma 4 obbliga la conferenza di servizi chiamata ad approvare il progetto a svolgere una specifica discussione sulle risultanze del dibattito (comma 4).

La normativa in esame sembra lacunosa e non chiara su profili che potrebbero avere rilevanti ricadute pratiche e costituire fonte di contenzioso, in una fase in cui si seleziona la platea dei portatori di interessi collettivi connessi all’opera.

Dal punto di visto oggettivo, la delega pone come obbligatorio il dibattito pubblico per tutti i “grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull’ambiente, la città o l’assetto del

territorio”.

Invece, l'art. 22, sembra operare una distinzione tra dibattito pubblico facoltativo e obbligatorio, individuando solo alcune categorie specifiche per le quali il dibattito è obbligatorio, e in particolare per le ipotesi di cui al comma 2: “le grandi opere infrastrutturali aventi impatto rilevante sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, individuate per tipologia e soglie dimensionali con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti”. Si tratta di una categoria più ristretta di quella di cui al comma 1 del medesimo articolo, che ricalca tutte le ipotesi enunciate nella delega. Peraltro, non è previsto alcun termine per l'adozione di tale decreto (a differenza che per altri decreti ministeriali previsti dal codice), né è stabilito un regime transitorio, con il rischio che la procedura di dibattito pubblico resti facoltativa *sine die*.

L'intento della delega è stato quello di rendere il dibattito pubblico obbligatorio per le tipologie di opere indicate nella delega medesima, senza che si possa operare, al loro interno, una sottodistinzione tra dibattito facoltativo e obbligatorio. Resta ovviamente fermo, in base ai principi generali sul procedimento amministrativo, che gli enti pubblici possono sottoporre a dibattito pubblico delle comunità locali altre tipologie di opere, facoltativamente. Ma non occorre una espressa disciplina legislativa per regolare il dibattito pubblico facoltativo. Occorre pertanto omogeneizzare i commi 1 e 2, dando una definizione uniforme dell'ambito oggettivo del dibattito pubblico, anche demandando a un successivo d.m. la individuazione delle opere soggette a dibattito, a fini di semplificazione e chiarezza. Ma il d.m. deve avere carattere dichiarativo e non costitutivo dell'obbligo di dibattito pubblico, che discende direttamente dalla legge.

Si suggerisce la seguente riformulazione dei commi 1 e 2: “1. *Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori.*

2. *Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, possono essere individuate le opere di cui al comma 1, per tipologia e soglie dimensionali.*”

Per l'ipotesi in cui non si intenda modificare in tal senso le

disposizioni, e il decreto ministeriale resti a valenza costitutiva dell'obbligo di dibattito pubblico, è necessario fissare un termine stringente per l'adozione di tale decreto, e prevedere comunque l'obbligatorietà del dibattito pubblico nel caso di decorso infruttuoso del termine di adozione del decreto ministeriale.

Inoltre, non sono regolati i tempi e le modalità con cui i portatori di interessi e i comitati di cittadini dovranno manifestare l'interesse a partecipare. La disposizione sembra in particolare consentire la formazione di comitati *ad hoc* e dunque appare porsi in una prospettiva di superamento dei principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in materia, secondo cui la rappresentatività ed effettività degli organismi esponenziali di interessi collettivi va apprezzata *ex ante*, in base agli obiettivi statutariamente previsti ed all'effettivo svolgimento delle attività di cura di tali interessi. I rischi sono quelli di polverizzazione del dibattito e di ingestibilità dei lavori della conferenza, che la previsione di requisiti di effettività e rappresentatività potrebbe evitare.

Per altro verso, il comma 3 appare inoltre costituire una ripetizione degli obblighi di pubblicità informatica rispetto al comma 1. La medesima disposizione contiene la previsione aggiuntiva in base alla quale devono essere pubblicate anche "*osservazioni inviate on-line*" (lett. b) e dunque – come sembra doversi evincere – anche da singoli cittadini non ammessi al dibattito. Il profilo andrebbe valutato in sede di approvazione definitiva dello schema di decreto, tenuto conto delle ricadute degli esiti del dibattito pubblico sulla successiva fase di approvazione del progetto, e dunque della possibilità che sotto questo profilo si aprano ulteriori fronti di contenzioso.

Occorrerà in ogni caso verificare, anche mediante apposite analisi e ricerche, l'impatto concreto della presente disposizione e procedere, in sede di decreto correttivo, alle eventuali correzioni. Si suggerisce al Governo di valutare l'introduzione di una norma che, in sede di prima applicazione, demandi alla Cabina di regia di cui all'art. 212, nell'ambito dei suoi compiti di cui al comma 1, lett. a) ("*effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del presente codice e sulle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti nella fase di applicazione anche al fine di proporre eventuali soluzioni correttive e di miglioramento*") di operare un monitoraggio sull'impatto di tale disposizione e di presentare una relazione al Governo e al Parlamento dopo i primi nove mesi di applicazione della disposizione, con le proposte di eventuali correttivi.

Sul piano formale, si rileva, infine, nel comma 2 un richiamo al

successivo comma 5, in realtà non presente nell'articolato.

ARTICOLO 23 (LIVELLI DELLA PROGETTAZIONE PER GLI APPALTI, LE CONCESSIONI DI LAVORI NONCHE' PER I SERVIZI)

L'art. 23 definisce i livelli della progettazione dei lavori pubblici, con la sostituzione della progettazione "di fattibilità" a quella preliminare, connotata da un maggior grado di dettaglio ed una analisi comparativa delle diverse soluzioni in termini di costi e benefici per la collettività e della qualità ed efficienza energetica dell'opera. La disposizione in esame richiede, al comma 1, lett. e), che siano tra l'altro rispettati i vincoli idrogeologici, sismici e forestali.

Il corrispondente art. 93 d.lgs. n. 163/2006 afferma più genericamente che la progettazione assicura il rispetto dei vincoli esistenti. Trattasi di norma più generale e astratta, da preferire. Infatti con l'enunciazione puntuale di tre soli vincoli potrebbero esserne trascurati altri, che pure vanno rispettati (p. es. vincoli militari, fasce di rispetto ferroviarie e cimiteriali). Si suggerisce pertanto, di aggiungere, alla fine della lett. e), le parole "*nonché degli altri vincoli esistenti*".

Costituisce un'innovazione rispetto alla disciplina abrogando la possibilità di fare gravare i costi della progettazione sulla procedura di gara cui questa accede (comma 11). La disposizione non è chiara e sembra alludere alla possibilità di accollare gli oneri in questione all'aggiudicatario dei lavori, sotto forma di riduzione del corrispettivo. E' pertanto opportuna una valutazione dei possibili effetti della norma ed una ulteriore specificazione della stessa.

Sul piano formale, l'art. 23 si presta ai seguenti rilievi:

- al comma 4, primo periodo, va apposta una virgola dopo le parole "*dell'intervento*";
- al comma 8, ultimo periodo, vanno eliminate in quanto ridondanti le parole "*, il cui contenuto garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e, nel contempo, dà certezza al rispetto dei tempi e dei costi previsti*", trattandosi non di disposizione precettiva, ma di proposizione esplicativa della *ratio legis* della regola di porre a base di gara, di norma, il progetto esecutivo;
- al comma 9, va apposta una virgola dopo le parole "*dell'opera*";
- al comma 10, primo periodo, le parole "*è autorizzato ai sensi dell'articolo*" vanno sostituite con le parole "*è soggetto all'autorizzazione di cui all'articolo*"; nel secondo periodo del comma 10, le parole

“L’autorizzazione di cui al predetto articolo 15” vanno sostituite con le parole “La medesima autorizzazione”;

- al comma 12, primo periodo, la parola “processo” va sostituita con “procedimento”;

- al comma 12, secondo periodo, va soppresso l’inciso “, come di norma, “;

- al comma 14 primo periodo va soppresso perché generico, superfluo e fonte di equivoci esegetici l’inciso “di regola”: (i) superfluo perché l’eccezione alla regola del primo periodo è già contenuta nel secondo periodo; (ii) fonte di equivoci esegetici perché ove si intendano prevedere altre deroghe, occorre esplicitarle nella norma primaria, o se del caso autorizzare un atto secondario a prevederle.

ARTICOLO 24 (PROGETTAZIONE INTERNA ED ESTERNA ALLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI)

L’art. 24 contiene la disciplina generale della progettazione delle amministrazioni aggiudicatrici e gli incarichi di direzione lavori e di supporto, ivi compresa la responsabilità del procedimento e di direzione della programmazione.

Rispetto alla normativa abroganda non è più prevista la preferenza per i progettisti interni. La previsione richiede un’attenta valutazione e una rigorosa verifica *ex post* circa possibili fenomeni di infedeltà da parte dei pubblici funzionari o per i relativi effetti finanziari.

Sul piano formale, il comma 5 rinvia alle “linee guida di cui al comma 2” per la disciplina del “giovane progettista”, ma nella disposizione richiamata si prevede un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, per cui occorre armonizzare la terminologia dei due commi.

Infine, il comma 7 riproduce le incompatibilità per i progettisti previste dall’art. 90, comma 8, codice appalti, ma non riproduce anche l’art. 90, comma 8-bis, inserito della legge europea 2013-bis (l. 30 ottobre 2014, n. 161), a tenore del quale i divieti per gli affidatari di incarichi di progettazione di ricevere in affidamento degli appalti o concessioni di lavori ad essi relativi “non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l’esperienza acquisita nell’espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori”. La disposizione ora richiamata era stata introdotta a fronte di una procedura di infrazione comunitaria [Eu Pilot 4860/13/MARKT].

Inoltre, l'art. 57, comma 4, lett. e), della direttiva 2014/24/UE prevede che non si faccia luogo all'esclusione dell'operatore economico dalla gara quando la situazione di conflitto di interessi in cui versa può essere risolta “*efficacemente con altre misure meno intrusive*” rispetto alla sanzione espulsiva. Pertanto, anche per ragioni di corretto adempimento degli obblighi discendenti dalla normativa europea da recepire appare necessario riprodurre nella disposizione in esame anche quella ora richiamata.

L'art. 24 si presta infine al seguente rilievo formale:

- al comma 5, primo periodo, le parole “*del soggetto affidatario dell'incarico, lo stesso deve essere*” vanno sostituite con le parole “*del soggetto affidatario, l'incarico è*”.

ARTICOLO 25 (VERIFICA PREVENTIVA DELL'INTERESSE ARCHEOLOGICO)

L'art. 25 disciplina la verifica preventiva dell'interesse archeologico. Tale disciplina si caratterizza per una significativa riduzione, rispetto alla disciplina abroganda, del termine per la relativa dichiarazione da parte del competente soprintendente, oggi contenuta nell'art. 95 cod. contratti pubblici, e cioè da 90 a 30 giorni dal ricevimento del progetto di fattibilità, salvo l'effetto sospensivo derivante dalla richiesta di integrazioni.

Pur comprendendosi le ragioni acceleratorie, il nuovo termine può risultare in concreto troppo breve avuto riguardo alla capacità operativa attuale delle Soprintendenze alle belle arti, e al pregio del patrimonio archeologico italiano. Si suggerisce pertanto di valutare una soluzione di mediazione, con termine di 45-60 giorni, tanto più che è di imminente adozione il regolamento previsto dall'art. 4, l. 7 agosto 2015, n. 124 (“Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”), per la semplificazione ed accelerazione dei procedimenti amministrativi ivi specificamente individuati (compresi quelli di competenza delle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico), relativi, tra l'altro, a opere di interesse generale.

Viene quindi disciplinata la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico, imperniata su tempi certi per la sua definizione (comma 9). Tuttavia la norma non è formulata in modo chiaro, perché dispone che la

procedura debba concludersi in un termine *“predeterminato in relazione all'estensione dell'area”*. Viene dunque impiegato un parametro elastico ed inoltre non è specificato chi debba predeterminare il termine.

Analoghe perplessità suscita la successiva disposizione finalizzata a garantire una definizione rapida della procedura di verifica dell'interesse archeologico (comma 15). E' previsto che, in caso di *“ritenuta eccessiva durata”*, la stazione appaltante possa *“avvalersi”* delle procedure di cui al regolamento di attuazione del citato art. 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124. Non è tuttavia chiaro se questo *“avvalimento”* della procedura (espressione impropria dal punto di vista giuridico) alluda al ricorso ai poteri sostitutivi del Presidente del Consiglio dei ministri o di un suo delegato previsti dalla norma richiamata. Del pari non sono chiari i rapporti con il comma 13 della disposizione in esame, la quale demanda ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di *“individuare”* procedimenti semplificati, che bilancino la tutela dell'interesse archeologico con quello sotteso alla realizzazione dell'opera. Inoltre, posto che l'eccessiva durata non può verificarsi in pendenza del termine, di legge o regolamento previsti, la qualificazione soggettiva *“ritenuta”* andrebbe sostituita con il riferimento al superamento del termine medesimo.

Infine, dal punto di vista formale occorre sostituire: al comma 14 le parole *“dell'amministrazione procedente”* con *“della stazione appaltante”*, per esigenze di armonizzazione con l'ambito soggettivo di applicabilità della disposizione, quale derivante dai precedenti riferimenti in esso contenuti; ed al comma 16 dopo le parole *“Le Regioni”* aggiungere *“e le Province autonome di Trento e di Bolzano”*, atteso il pari rango costituzionale di questi enti rispetto ai primi.

L'art. 25 si presta, inoltre, ai seguenti rilievi formali:

- al comma 7, primo periodo, sostituire le parole *“previsti dal predetto codice”* con *“ivi previsti”*;
- sempre al comma 7, primo periodo, sostituire le parole *“compresa la facoltà di prescrivere”* con *“compreso il potere di ordinare”*;
- al comma 7, secondo periodo, va messa una virgola tra le parole *“paesaggio”* e *“nonché”*;
- al comma 10 le parole *“d'intesa”* vanno sostituite con le parole *“previo accordo”*;
- al comma 11 le parole *“detta le prescrizioni necessarie”* vanno sostituire con le parole *“determina le misure necessarie”*.

ARTICOLO 26 (VERIFICA PREVENTIVA DELLA PROGETTAZIONE)

L'art. 26 disciplina la verifica dei progetti, in attuazione dei criteri direttivi di revisione e semplificazione enunciati dalle lettere rr) dell'art. 1, comma 1, della legge delega. Il comma 1 prevede che la stazione appaltante verifichi la "*rispondenza*" degli elaborati progettuali e la loro conformità alla normativa vigente. Sarebbe tuttavia più corretto dal punto di vista lessicale riferirsi alla "*conformità*" tra i diversi livelli progettuali e di questi rispetto alla normativa vigente.

Sul piano formale, nel comma 3, lett. i), sostituire "*richiesto*" con "*richiesta*".

ARTICOLO 27 (PROCEDURE DI APPROVAZIONE DEI PROGETTI RELATIVI AI LAVORI)

L'art. 27 regola il procedimento di approvazione dei progetti di lavori pubblici da parte delle "*amministrazioni*", per il quale, come l'abrogando art. 97 cod. contratti pubblici, è operato un rinvio alle norme della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 ed in particolare alla conferenza di servizi disciplinata dalla medesima legge.

Il secondo comma si riferisce alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli enti aggiudicatori, i quali vengono facultizzati a sottoporre al procedimento di approvazione in esame livelli progettuali di maggior dettaglio rispetto a quello di fattibilità, al fine di ottenere i necessari assenti amministrativi già in sede di conferenza preliminare ex art. 14-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241, con riduzione dei tempi del procedimento ed evitare la duplicazione oggi invece prevista. Questa disposizione andrebbe quindi coordinata con quella contenuta nel primo comma, il quale si riferisce alle sole amministrazioni, al fine di chiarire l'effettivo ambito di applicazione soggettivo della norma.

Inoltre, stante il riferimento agli enti aggiudicatori, devono essere richiamate le considerazioni svolte a proposito degli strumenti di programmazione di cui agli artt. 21 e 22 dello schema di decreto, circa l'estensione degli obblighi organizzativi e procedurali tipici dell'azione amministrativa a soggetti formalmente privati.

Una rilevante novità è rappresentata dall'obbligo degli enti gestori delle interferenze di collaborare non solo in sede di conferenza, come già rilevato, ma anche di sviluppare le conseguenti modifiche progettuali (comma 4). L'obbligo è quindi rafforzato con la previsione di un regime di "responsabilità patrimoniale" nei confronti della stazione appaltante. L'aggettivo è tuttavia ultroneo ed andrebbe sostituito con l'espressione "per i danni subiti", così da essere chiaramente qualificabile come un'ipotesi di responsabilità civile. Non è inoltre chiaro se la responsabilità in questione sia da inadempimento (da obbligo *ex lege*) o sia riconducibile al paradigma generale dell'art. 2043 cod. civ., con rilevanza della colpa e onere probatorio a carico della stazione appaltante in questa seconda evenienza.

L'art. 27 si presta inoltre ai seguenti rilievi di ordine formale:

- al comma 2, primo periodo, sostituire le parole "hanno facoltà di" con la parola "possono";
- sempre al comma 2, primo periodo, la parola "omesse" va sostituita con "non effettuate", di carattere più neutrale, laddove l'espressione "omesse" può evocare un inadempimento e dunque una illegittimità, in luogo di una consapevole e legittima riduzione dei livelli della progettazione;
- al comma 3, primo periodo, le parole "il tracciato" vanno sostituite con "sul tracciato";
- al comma 3, secondo periodo, va eliminata la parola "predetta" prima di "conferenza" apparendo chiaro a quale conferenza ci si riferisce;
- sempre al comma 3, secondo periodo, ultimo inciso, va completata la locuzione "a meno del ritiro" indicando l'oggetto del ritiro;
- al comma 4, primo periodo, va apposta una virgola dopo le parole "comma 3";
- sempre al comma 4, primo periodo, la parola "insediamento" va sostituita con le parole "dell'insediamento";
- al comma 7 le parole "norme vigenti" vanno sostituite con "disposizioni vigenti".

ARTICOLO 28 (CONTRATTI MISTI)

L'art. 28 disciplina svariate ipotesi di contratti misti di appalto.

Il comma 1 si riferisce a "i contratti nei settori ordinari e nei settori speciali, aventi ad oggetto due o più tipi di appalto contemplati nel presente codice"

Non è chiaro l'ambito di riferimento. Dal raffronto con le direttive, si evince che si vuole far riferimento al solo contratto misto all'interno di ciascun settore (v. 3, par. 1 e 2, direttiva 24/2014; art. 5, par. 1 e 2 direttiva 25/2014). Per maggior chiarezza si suggerisce di sostituire il periodo sopra virgolettato come segue: “I contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno, in ciascun rispettivo ambito, ad oggetto due o più tipi di prestazioni (lavori, servizi, forniture), “

L'art. 28 si presta inoltre ai seguenti rilievi formali:

- al comma 4 sostituite le parole “*Se parte*” con “*Se una parte*”.
- ai commi 11 e 12 la parola “*norme*” va sostituita con “*disposizioni*”.

ARTICOLO 29 (PRINCIPI IN MATERIA DI TRASPARENZA)

L'art. 29, comma 1, secondo periodo, detta una essenziale disposizione di raccordo con il nuovo rito processuale in materia di impugnazione immediata di esclusioni e ammissioni, prevedendo la pubblicazione sul profilo di committente dell'elenco dei soggetti ammessi e esclusi.

La previsione è corretta, tuttavia ai fini della tutela in giudizio occorre che i concorrenti siano messi in grado di conoscere non solo la lista di ammessi ed esclusi ma anche le relative motivazioni.

La “lista” deve dunque avere una chiara e specifica valenza provvedimentale, anche considerato che è immediatamente impugnabile, e deve altresì essere chiarito che si tratta delle sole ammissioni ed esclusioni disposte all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, e non anche delle esclusioni eventualmente disposte dopo l'apertura delle offerte, per carenze o anomalie di queste ultime.

Inoltre ai concorrenti deve essere assicurata una specifica conoscibilità, anche mediante avviso individuale: la sede propria per tale inserimento è l'art. 76 relativo alle comunicazioni individuali, e non l'art. 29 che riguarda più in generale la trasparenza.

Ciò nonostante, anche l'art. 29 richiede un intervento, sia per specificare la suddetta natura provvedimentale dell'elenco da pubblicare, sia per differenziare l'oggetto della pubblicità *erga omnes* (il solo provvedimento di ammissione ed esclusione) da quello dell'accesso dei concorrenti (tutta la relativa documentazione), rendendo così inutile, nell'art. 29, la necessità di selezionare “*la documentazione non considerata riservata*” oggi prevista dallo schema.

Si suggeriscono perciò alcune integrazioni sia al presente articolo che all'art. 76.

Si rinvia altresì a quanto si osserva sull'art. 204.

Nell'art. 29, comma 1, secondo periodo, le parole: *“gli elenchi dei concorrenti esclusi dalla procedura e di quelli ammessi, e relativamente a quest’ultimi, la documentazione non considerata riservata.”* vanno sostituite con le seguenti: *“il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.”*

ARTICOLO 30 (PRINCIPI PER L'AGGIUDICAZIONE E L'ESECUZIONE DI APPALTI E CONCESSIONI)

Nell'art. 30, dedicato ai principi per l'aggiudicazione degli appalti, andrebbe opportunamente prevista, come anticipato a commento dell'art.

1) la disciplina sulla scelta, con gara, del socio privato di società miste costituite per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, così come attualmente contemplata nell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 163/2006, e come previsto pure dall'art. 7, comma 5, dell'emanando d.lgs. sulle società pubbliche.

Sul piano formale, nel comma 6, secondo periodo, dopo la parola *“arretrate”*, inserire una virgola.

ARTICOLO 31 (RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO)

L'art. 31 reca la disciplina del RUP (responsabile unico del procedimento).

Il comma 4 ne elenca i compiti, con l'incipit *“In particolare, il RUP:”*.

Tuttavia l'elenco fornito non è esaustivo dei compiti del RUP. Mancano, ad es., i compiti, previsti dalla stessa legge delega, di validazione dei progetti e di autorizzazione varianti. Pertanto va premessa una norma di chiusura, del tipo, *“Oltre ai compiti specificamente previsti da altre disposizioni del codice”*.

Sul piano formale si rileva:

- al comma 10, la congiunzione “e” apposta tra le parole *“pubbliche amministrazioni”* e *“enti pubblici”* va sostituita con la congiunzione “o”;
- al comma 11 le parole *“o soggetto aggiudicatore”* vanno sostituite con *“o ad un soggetto aggiudicatore”*.

ARTICOLO 32 (FASI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO)

L'art. 32 corrisponde, con alcune modifiche sostanziali, all'art. 11, d.lgs. n. 163/2006.

Dalla lettura del comma 8 si evince che viene ampliato l'ambito entro cui è consentita l'esecuzione di urgenza, prima della stipula del contratto. Infatti, rispetto all'art. 11, d.lgs. n. 163/2006, scompare (come si evince dalla lettura del comma 8 del presente articolo) il divieto espresso (oggi recato dall'art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163/2006) di esecuzione d'urgenza durante il periodo di c.d. *stand-still* (termine dilatorio per la stipula del contratto) e durante il periodo di sospensione *ex lege* della possibilità di stipulare il contratto a seguito di proposizione di ricorso giurisdizionale contro l'aggiudicazione e nelle more della pronuncia cautelare del giudice. Né tale soppressione è compensata dalla previsione del comma 9, a tenore della quale il contratto non può "comunque" essere stipulato durante il termine di *stand-still*, trattandosi di un divieto di ambito diverso (divieto di stipulazione) rispetto al divieto di cui al comma 8 (divieto di esecuzione d'urgenza in pendenza del termine per la stipulazione).

Si suggerisce di valutare con attenzione siffatta soppressione, atteso che un generalizzato ricorso all'esecuzione d'urgenza in pendenza del termine dilatorio e del termine sospensivo (termini imposti dal diritto comunitario, direttiva 2007/66), potrebbe dare luogo a una elusione dell'applicazione del diritto comunitario. Si potrebbe anche operare con una soluzione mediana, che fissi un termine dilatorio più breve (nei limiti consentiti dalla direttiva 2007/66), rispetto a quello di 35 giorni (ad. es. di 10-15 giorni, corrispondente al minimo previsto dalla citata direttiva), nei casi in cui ricorrono i presupposti oggettivi per l'esecuzione d'urgenza, e con esonero dall'osservanza pure del termine dilatorio minimo in cui vi sia una in dilazionabilità oggettiva e assoluta.

Il comma 10 dell'art. 32 in commento amplia, rispetto all'abrogando art. 11, comma 10-bis, d.lgs. n. 163/2006, i casi di deroga allo *standstill* (ossia i casi in cui è consentito stipulare immediatamente il contratto, senza attendere il decorso del termine dilatorio di 35 giorni). Si aggiunge infatti "il caso di acquisti di importo inferiore alle soglie di cui

all'articolo 35 affidati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b)". L'espressione "acquisti" induce a ritenere che si sia inteso fare riferimento alle sole "forniture" sotto soglia comunitaria (v. art. 3, lett. tt) sulla definizione dell'appalto di forniture), anche se il rinvio all'art. 36, comma 2, lett. a) e b) (che contemplano anche servizi e forniture), potrebbe portare a una interpretazione più estesa, comprensiva dei lavori fino a 150.000 euro e dei servizi sotto soglia.

E' preferibile sostituire l'espressione "acquisti" con quella "forniture" al fine di fugare ogni dubbio interpretativo.

La nuova deroga al termine dilatorio non contrasta con la direttiva 2007/66, trattandosi di affidamenti sotto soglia, ed è in astratto coerente con la legge delega, che impone il divieto di *gold plating* e il principio di semplificazione degli appalti sotto soglia.

Tuttavia, il termine di *stand-still* ha un effetto immediato e diretto sulla possibilità di tutela giurisdizionale, e pertanto una deroga generalizzata per le forniture sotto soglia rischia di creare una disparità di trattamento sul piano della tutela giurisdizionale. Il legislatore italiano ha sinora optato per una soluzione normativa uniforme, quando si tratta di tutela giurisdizionale, a prescindere dall'essere l'appalto sopra o sotto soglia.

Altro tema meritevole di approfondimento è l'istituto dell'aggiudicazione provvisoria, disciplinato dagli articoli 32 e 33.

La natura anfibia del concetto stesso di aggiudicazione provvisoria (un atto infraprocedimentale, forzatamente equiparato a un provvedimento) e le conseguenti problematiche interpretative emerse in sede di contenzioso (impugnabilità immediata, risarcibilità del danno da revoca, tutela dell'affidamento) rendono opportuno il superamento dell'istituto. Si suggerisce quindi la sostituzione, negli articoli in esame e nelle norme connesse, dell'"aggiudicazione provvisoria" con la "proposta di aggiudicazione". In via consequenziale l'"aggiudicazione definitiva" deve diventare *tout court* "aggiudicazione".

Va dà sé che questa nuova più appropriata soluzione terminologica implica la sostituzione delle parole "*aggiudicazione provvisoria*" e "*aggiudicazione definitiva*" con le parole "*proposta di aggiudicazione*" e "*aggiudicazione*" in tutte le disposizioni che le contengono (aggiudicazione provvisoria compare nei seguenti articoli: 32, comma 5; 33, comma 1, tre volte; 204; aggiudicazione definitiva compare nei seguenti articoli: 32, commi 5, 6, 7, 8, 9, 11; 53, comma 2, lettera c) e lettera d); 76, comma 4, lettera a); 183, comma 16).

Sul piano formale, nel comma 10, lett. a) sostituire la parola "*inoltre*"

con “*dell'inoltro*”.

ARTICOLO 33 (CONTROLLI SUGLI ATTI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO)

L'art. 33 si presta ai seguenti rilievi di ordine formale:

- al comma 1 primo periodo, primo inciso, è ripetuta due volte la parola “*previsti*”;
- al comma 1, ultimo periodo, sostituire “*i suddetti*” con “*tali*”;
- al comma 2, secondo periodo, eliminare, perché generica e superflua, l'espressione “, *anche al fine di prevenzione di illeciti penali*”.

ARTICOLO 34 (CRITERI DI SOSTENIBILITA' ENERGETICA E AMBIENTALE)

Nell'art. 34, comma 1, si segnala un refuso, dove vi sono le parole “*di cui al traverso*”. O vanno soppresse le parole “*di cui al*”, o si completa il senso dell'espressione “*di cui al*” con un appropriato rinvio.

ARTICOLO 35 (SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA E METODI DI CALCOLO DEL VALORE STIMATO DEGLI APPALTI)

L'art. 35 recepisce le disposizioni delle direttive 2014/23, 2014/24, 2014/25 che – nel fissare le soglie di rilevanza comunitaria – hanno previsto un loro meccanismo di fissazione, per il quale esse non restano fisse, ma sono adeguate con cadenza biennale con provvedimento della Commissione europea.

Pertanto, le soglie indicate nell'art. 35 sono quelle conseguenti al relativo adeguamento (e non corrispondono a quelle contenute nelle citate direttive), poiché nelle more del loro recepimento sono entrati in vigore i regolamenti 24 novembre 2015, n. 2015/2170/UE, 24 novembre 2015, n. 2015/2171/UE, 24 novembre 2015, n. 2015/2172/UE.

Va formulato in questa sede un rilievo di carattere generale: le soglie di rilevanza comunitaria vengono definite dal presente articolo e dai corrispondenti articoli delle tre direttive comunitarie in termini di importo “*pari o superiore a*”.

In molte disposizioni del codice tale prescrizione non è rispettata, parlandosi di importo “*superiore a*”.

Va pertanto effettuata una ricognizione di tutte le disposizioni del codice, per renderle coerenti con l'art. 35 (v. a titolo di esempio, gli articoli 99, comma 1, 102, comma 7, lett. a), 102, comma 7, lett. b), 105, comma 6, 128, comma 3).

Analogamente, quando vengono fissate autonomamente altre soglie (ad esempio, intermedie nell'ambito dei contratti sotto soglia), si deve verificare la coerenza delle formulazioni.

L'articolo in esame ha inteso recepire anche le disposizioni delle direttive sull'esigenza che vi sia un 'frazionamento artificioso', tale da eludere l'applicazione della disciplina europea.

Al riguardo, però, va segnalato che non vi è stato il necessario coordinamento con l'art. 5, par. 2, della direttiva 2014/24, per il quale *“In deroga al primo comma, se un'unità operativa distinta è responsabile in modo indipendente del proprio appalto o di determinate categorie di quest'ultimo, i valori possono essere stimati al livello dell'unità in questione”*.

Si suggerisce, quindi, ai fini di una corretta trasposizione, di modificare l'ultimo periodo del comma 5 dell'art. 35 (per il quale *“il valore dell'appalto può essere stimato con riferimento al valore attribuito all'unità operativa distinta”*), sostituendolo con *“il valore dell'appalto può essere stimato con riferimento al valore attribuito dall'unità operativa distinta”*, poiché il valore non può che essere attribuito all'appalto e non all'unità operativa.

Si segnala infine che l'incipit del comma 9, *“Per i contratti relativi a servizi:”* non traspone puntualmente le direttive e va sostituito con *“Per i contratti relativi a lavori e servizi:”* (v. infatti la direttiva 24 art. 5, par. 8; la direttiva 25, art. 16, par. 8; la direttiva 23, art. 8, par. 5 e 6; e la stessa lett. a) del comma 9 dell'art. 35, che richiama pure le opere).

Sul piano formale l'art. 35 si presta ai seguenti rilievi:

- al comma 7, la parola *“valido”* va sostituita con *“quantificato”*;
- al comma 12, la parola *“assunto”* va sostituita con *“posto”*;
- al comma 14, la parola *“assumere”* va sostituita con *“porre”*.

ARTICOLO 36 (CONTRATTI SOTTO SOGLIA)

L'art. 36 prevede disposizioni sostitutive di quelle contenute negli artt. 121-125, del d.lgs. n. 163/2006, tra cui va segnalato l'art. 121, comma 1, che specifica puntualmente quali articoli del codice si applicano in via diretta agli appalti sotto soglia

L'art. 36 non risulta coerente con il criterio direttivo contenuto nella lett. g) dell'art. 1 della legge delega, poiché impone il solo rispetto dei principi di cui all'art. 4, limitandosi a prevedere:

- a) il tipo di procedura utilizzabile a seconda dell'ammontare del valore dell'appalto o della circostanza che si tratti di lavori aventi ad oggetto opere di urbanizzazione;
- b) l'obbligo di verificare per contratti di servizi e forniture, nonché per i lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, i requisiti generali mediante consultazione della banca dati nazionale degli operatori economici;
- c) l'obbligo di verifica dei requisiti tecnici e finanziari richiesti nella lettera di invito o nel bando di gara;
- d) l'obbligo di verifica dei requisiti in caso di procedura negoziata solo per l'aggiudicatario, con facoltà di estendere la verifica anche agli altri partecipanti;
- e) la facoltà per le stazioni appaltanti di utilizzare il mercato elettronico.

Per il resto, l'art. 36 rinvia l'individuazione delle 'modalità di dettaglio' alle linee guida dell'ANAC.

Fermo restando quanto rilevato da questa Commissione speciale in ordine all'art. 213, sulla natura giuridica delle linee guida, si segnala che l'art. 36 comporta un rinvio ad un altro testo ed una sostanziale moltiplicazione delle fonti normative, non attenendosi al criterio contenuto nella lett. e) dell'art. 1 della legge delega, che ha imposto una "semplificazione e riordino del quadro normativo vigente".

In tal modo, si prevede un passaggio da una disciplina unitaria, applicabile a tutte le stazioni appaltanti in coerenza con i principi di trasparenza e di buon andamento, ad un assetto normativo nel quale gli appalti sottosoglia sarebbero disciplinati da alcune norme di rango primario e dalle linee guida che, in quanto volte a 'supportare' le stazioni appaltanti, in assenza di uno stringente quadro normativo porterebbe a loro possibili scelte eterogenee, anche limitative della concorrenza.

Una possibile soluzione potrebbe essere rinvenuta nel conferire all'ANAC il potere di adottare linee guida vincolanti, previa fissazione di chiari criteri direttivi, tesi ad ottenere un *corpus* snello, organico e chiaro di norme applicabili agli appalti sottosoglia.

Quanto alla disposizione del comma 7 che mira a prevedere un regime transitorio, innanzitutto occorre evitare che il medesimo comma contenga sia norme 'a regime' che norme transitorie: occorre dunque

inserire le norme transitorie in materia nell'apposito articolato che, alla fine del testo, si riferirà alle disposizioni transitorie, prima di quelle concernenti le abrogazioni.

Quanto al contenuto sostanziale del regime transitorio (in attesa delle linee guida), va segnalato come il comma 7 consenta di non applicare la disciplina ora vigente, prevedendo che stazioni appaltanti dovranno: a) rispettare i principi di cui all'art. 4 e il principio di rotazione; b) utilizzare indagini di mercato, previo avviso pubblicato, con la specificazione dei requisiti minimi che debbono essere posseduti dai soggetti che si intendono invitare a presentare l'offerta.

Occorre dunque determinare un termine massimo entro il quale l'ANAC sia tenuta ad adottare le linee guida, specificando che nel frattempo trovano comunque applicazione almeno le disposizioni contenute nello stesso art. 36 e, se del caso, quelle contenute nella (pre)vigente disciplina degli appalti sotto soglia.

Infine, la lettera b) del comma 2 dell'art. 36 - nella parte in cui fa riferimento al coinvolgimento di 'tre' operatori nel corso della procedura negoziata - deve essere resa coerente con i criteri contenuti nelle lett. g), ff), ii), dell'art. 1 della legge delega, che non prevede tale possibilità, disponendo che - per la necessaria valutazione comparativa - siano invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici. Pertanto la parola "tre" va sostituita con la parola "cinque".

ARTICOLO 37 (AGGREGAZIONI E CENTRALIZZAZIONE DELLE COMMITTENZE)

L'art. 37, comma 13, indica in che limiti le stazioni appaltanti italiane possono ricorrere a centrali di committenza ubicate in altri Paesi UE, ponendo un limite soggettivo e uno oggettivo.

Sotto il profilo oggettivo, tale ricorso è possibile *“solo per le attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture e/o servizi a stazioni appaltanti”*.

Sul piano soggettivo, viene fatto rinvio ai casi di cui al comma 10, ossia che vi siano due o più stazioni appaltanti italiane.

Questa limitazione soggettiva non risulta conforme alla direttiva 24, e in particolare al combinato disposto dei suoi artt. 39, par. 2 e 2 par. 1 punto 14) lett. a) e b).

Il rinvio al comma 10 riduce l'ambito consentito dalla direttiva. Il principio generale, fissato dall'art. 39 par. 2, direttiva 24 è che *“uno stato membro non vieta alle sue amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad*

attività di centralizzazione della committenza offerta da centrali di committenza di altro Stato membro". L'unica deroga prevista dalla direttiva è quella che consente agli Stati membri di scegliere di specificare che le proprie amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere unicamente alle attività di centralizzazione della committenza di cui all'art. 2, par. 1, punto 14, lett. a) o b).

Nell'art. 37 si attua la scelta di limitare il ricorso delle stazioni appaltanti italiane a centrali di committenza di altri Paesi UE per la sola ipotesi dell'art. 2, par. 14, lett. a), direttiva 24.

Tuttavia il comma 13 in esame pone un ulteriore limite soggettivo con il rinvio al comma 10 (limite soggettivo secondo il quale le stazioni appaltanti devono essere almeno due).

Per il corretto recepimento della direttiva *in parte qua*, occorre eliminare dal comma 13 le parole "*Nei casi di cui al comma 10*".

Si segnala, inoltre, quello che sembra un difetto di coordinamento con l'art. 43, comma 1, che consente il ricorso senza limiti, né soggettivo, né oggettivo, a centrali di committenza di altri Paesi UE.

Poiché si tratta di una scelta politica rimessa agli Stati membri, l'opzione tra il ricorso senza limiti a centrali di committenza di altri Paesi UE, e il ricorso con una limitazione oggettiva ai sensi dell'art. 39, par. 2, direttiva 24, occorre che il Governo scelga quale delle due disposizioni mantenere tra l'art. 37, comma 13 e l'art. 43, comma 1.

Sul piano formale, l'art. 37 si presta al rilievo che va evitato il richiamo atecnico alla parola "ricorso", contenuto nei commi 1, 2, 6, 12. Pertanto:

- al comma 1 primo periodo le parole "*ricorso agli*" vanno sostituite con "*utilizzo degli*";
- al comma 2 primo periodo la parola "*ricorso*" va sostituita con "*utilizzo*";
- al comma 2, secondo periodo, le parole "*ricorrono alle modalità di cui al comma 3*" vanno sostituite con "*operano ai sensi del comma 3*";
- al comma 6 le parole "*ricorso ad*" vanno sostituite con "*impiego di*";
- al comma 12 le parole "*ricorso agli*" vanno sostituite con "*utilizzo degli*".

ARTICOLO 38 (QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI E CENTRALI DI COMMITTENZA)

Nell'art. 38, sul piano formale si rileva:

- al comma 1, terzo periodo, la parola "*iscritte*" va sostituita con "*iscritti*";
- al comma 2, primo periodo le parole "*presente decreto*" vanno sostituite con "*presente codice*".

ARTICOLO 40 (OBBLIGO DI USO DEI MEZZI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA NELLO SVOLGIMENTO DI PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE)

In relazione all'art. 40, sul piano formale si rileva che il comma 2 andrebbe spostato nell'art. 216 tra le disposizioni transitorie.

ARTICOLO 41 (MISURE DI SEMPLIFICAZIONE DELLE PROCEDURE DI GARA SVOLTE DA CENTRALI DI COMMITTENZA)

Nell'art. 41 viene data attuazione al principio di delega che prevede la “(“revisione ed efficientamento delle procedure di appalto degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili dalla società CONSIP Spa, dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza, finalizzati a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e a ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare promuovendo anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico, al fine di garantire l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese”).

Nel recepimento di tale principio di delega, l'art. 41 si limita a demandare alla CONSIP, alle centrali di committenza ed ai soggetti aggregatori tale revisione e il raggiungimento degli obiettivi fissati dalla legge delega.

In tal modo, non si consente al Parlamento, in sede di parere sul decreto legislativo, di verificare adeguatamente se sia rispettato il principio di delega.

E' dunque auspicabile che nel testo siano inserite le disposizioni attuative del principio di delega, se del caso implementando il contenuto del d.P.C.M. previsto dal comma 5 dell'art. 37 (anche dopo la consultazione con la CONSIP e le altre centrali di committenza), o che quanto meno vi sia un controllo – governativo o ministeriale - sull'attività di revisione assegnata alla CONSIP, prevedendosi una approvazione con d.P.C.M. degli atti che ogni centrale di committenza adotti in attuazione del presente articolo.

In caso contrario, l'art. 41, che mira a far perseguire importanti obiettivi di natura politico-economica alle centrali di committenza, in assenza di un controllo politico sul raggiungimento di tali obiettivi, rischia di restare privo di concreta attuazione.

ARTICOLO 42 (CONFLITTO DI INTERESSI)

L'art. 42 recepisce l'art. 24 della direttiva 2014/24, l'art. 42 della direttiva 2014/24 e l'art. 35 della direttiva 2014/23.

Va premesso che tali articoli prevedono una 'regolazione minima' per contrastare la presenza di conflitti di interesse nelle svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni: essi contengono tutti la seguente locuzione: *“Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi”*.

Nel sistema (pre)vigente, l'art. 84 d.lgs. n. 163/2006 contiene disposizioni sul conflitto di interessi, con riferimento alle ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 42 prevede dunque disposizioni che vanno valutate con favore: esso mira a una applicazione più estesa delle regole di incompatibilità, perché si riferisce in generale al “personale” della stazione appaltante, e quindi, non solo ai membri della commissione giudicatrice.

Si segnala però la necessità di specificare la nozione di conflitto di interessi, in coerenza con il criterio direttivo contenuto nell'art. 1 lett. a), della legge delega e con il considerando n. 16 della direttiva 2014/24/CEE (per il quale *“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avvalersi di tutti i possibili mezzi a loro disposizione ai sensi del diritto nazionale per prevenire le distorsioni derivanti da conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tra questi potrebbero rientrare le procedure per individuare, prevenire e porre rimedio a conflitti di interesse”*).

D'altra parte, la necessità di fare riferimento, sia pure per rinvio, a condotte tipizzate emerge anche dal principio di tassatività: poiché la violazione delle regole comporta una specifica ipotesi di responsabilità disciplinare, occorre tener conto dei principi generali cui si ispira la materia disciplinare e, dunque, determinare le fattispecie sanzionabili, imputabili ai dipendenti.

Sarebbe dunque opportuno quanto meno formulare un rinvio simile a quello già previsto dall'art. 54 del d.lgs. 165 del 2001, che ha rinvio al codice di comportamento ed in particolare - quanto all'obbligo di astensione - all'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013.

Sul piano formale, nel comma 5 va soppressa la parola *“procedente”*.

ARTICOLO 43 (APPALTI CHE COINVOLGONO AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI E ENTI AGGIUDICATORI DI STATI MEMBRI DIVERSI)

Nell'art. 43 si segnala quello che sembra un difetto di coordinamento del comma 1, che consente il ricorso senza limiti, né soggettivo, né oggettivo, a centrali di committenza di altri Paesi UE e l'art. 37, comma 13, che pone un limite oggettivo (consentito dall'art. 39, direttiva 24) e un limite soggettivo (non consentito, come si esprime sub art. 37). Poiché si tratta di una scelta politica rimessa agli Stati membri, l'opzione tra il ricorso senza limiti a centrali di committenza di altri Paesi UE, e il ricorso con una limitazione oggettiva ai sensi dell'art. 39, par. 2, direttiva 24, occorre che il Governo scelga quale delle due disposizioni mantenere tra l'art. 37, comma 13 e l'art. 43, comma 1. Si rinvia al riguardo a quanto esposto in relazione all'art. 37.

ARTICOLO 44 (DIGITALIZZAZIONE DELLE PROCEDURE)

In relazione all'art. 44, valuterà il Governo l'opportunità di acquisire, sull'emanando decreto ministeriale per la digitalizzazione delle procedure, oltre che il parere dell'AGID, anche quello del Garante nazionale della *privacy* per i profili di competenza.

ARTICOLO 45 (OPERATORI ECONOMICI)

In relazione all'art. 45, sul piano formale, si osserva che:

- al comma 1, ultimo periodo, vanno espunte le parole “*delle norme*”;
- al comma 4, le parole “*persone incaricate*” vanno sostituite con “*persone fisiche incaricate*”.

ARTICOLO 46 (OPERATORI ECONOMICI PER L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI ARCHITETTURA E INGEGNERIA)

Nell'art. 46, comma 1, nell'*incipit* delle lett. d), e), f), va sostituita la parola “*da*” con “*i*”.

ARTICOLO 48 (RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI E CONSORZI ORDINARI DI OPERATORI ECONOMICI)

L'art. 48 mira sostituire l'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, del quale non riporta alcune disposizioni.

In particolare, l'art. 48 non contiene le disposizioni contenute nel comma 11 dell'art. 37, che prevedeva una specifica ipotesi di divieto di subappalto per opere per le quali fossero necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica.

Si deve pertanto ritenere che anche per questi lavori rilevi la disciplina generale contenuta nell'art. 105.

Il comma 19 poi contiene una previsione di derivazione giurisprudenziale [Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8], chiarendo che le modificazioni soggettive al raggruppamento possono consistere nel recesso di una o più imprese e che esse sono ammesse solo se le imprese rimanenti posseggano i necessari requisiti di qualificazione per eseguire le prestazioni residue.

La nuova disposizione lascia, quindi, intendere che una simile modificazione sia ammissibile, sempre che ciò non sia finalizzato ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara, sia nel caso in cui le imprese rimanenti abbiano anche i requisiti per eseguire le prestazioni prima in carico delle imprese che operano il recesso, sia nel caso in cui siano già state eseguite le prestazioni per le quali le imprese rimanenti non siano in possesso dei requisiti.

Sul piano formale, nel comma 12 la parola “*esse*” va sostituita con “*essi*”.

ARTICOLO 50 (CLAUSOLE SOCIALI DEL BANDO DI GARA E DEGLI AVVISI)

L'art. 50 disciplina le “clausole sociali del bando di gara e degli avvisi”.

Al comma 1, si prevede che i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti “possano prevedere” le clausole sociali.

Al riguardo, per prevenire un possibile contenzioso, si rileva l'opportunità che siano precisati i casi in cui vi sia tale possibilità, ovvero – in alternativa – che si preveda la necessità che il bando preveda le clausole sociali.

Sul piano formale:

- al comma 1 le parole “*riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera*” vanno sostituite con le parole “*riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera*”. Non sono infatti i bandi e gli avvisi di gara, a cui si riferisce nel comma la parola “quelli” ad essere ad alta intensità di manodopera, bensì le prestazioni contrattuali contemplate dai bandi.

- al comma 2 vi è una definizione dei servizi ad alta intensità di manodopera che ripete quella recata al comma 1. Occorre perciò sopprimere l'ultimo periodo del comma 2, e, sempre al comma 2,

primo periodo, dopo le parole “*quelli ad alta intensità di manodopera*” aggiungere “*come definiti al comma 1*”.

ARTICOLO 52 (REGOLE APPLICABILI ALLE COMUNICAZIONI)

I commi da 10 a 12 dell’art. 52 contengono le regole applicabili alle comunicazioni nelle concessioni.

Il comma 12 è ripetitivo del comma 5 e non è chiaro se riguardi le concessioni. Può essere fatto un mero rinvio al comma 5 per le concessioni, sostituendo il comma 12 come segue: “*Alle concessioni si applica il comma 5*”.

ARTICOLO 53 (ACCESSO AGLI ATTI E RISERVATEZZA)

L’art. 53 riproduce il testo dell’art. 13, d.lgs. 163/2006, ad esclusione del comma 7 e 7-bis relativi all’accesso alle specifiche tecniche. Una significativa novità è quella che prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici e per gli enti aggiudicatori di imporre agli operatori economici condizioni a tutela della riservatezza delle informazioni rese disponibili dalle amministrazioni aggiudicatrici.

Si segnala l’opportunità di estendere l’ambito soggettivo delle disposizioni, sostituendo il riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli enti aggiudicatori con quello alle stazioni appaltanti.

ARTICOLO 55 (SISTEMI DINAMICI DI ACQUISIZIONE)

In relazione all’art. 55 si rileva, sul piano formale, che nel comma 1, secondo periodo, la parola “processo” va sostituita con “procedimento”, e la parola “validità” va sostituita con “efficacia”.

CAPO II

PROCEDURE DI SCELTA PER IL CONTRAENTE PER I SETTORI ORDINARI

Preliminarmente, si suggerisce, per una migliore leggibilità del titolo del Capo II, di sostituire le parole “*procedure di scelta per il contraente*” con le parole “*procedure di scelta del contraente*”.

ARTICOLO 59 (SCELTA DELLE PROCEDURE)

L’art. 59, comma 1, indica le tipologie delle procedure utilizzabili per la scelta del contraente e distingue quelle che le stazioni appaltanti possono scegliere discrezionalmente, in quanto non postulano la

sussistenza di condizioni legittimanti, da quelle che, al contrario, esigono - per la loro indizione, che resta facoltativa - la sussistenza dei loro presupposti.

Vengono classificate nella prima tipologia le procedure aperte, quelle ristrette e i partenariati per l'innovazione previa pubblicazione, mentre sono catalogati nella seconda categoria la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Si segnala come tale classificazione non risulti chiara e determinata, quanto ai presupposti legittimanti e al carattere facoltativo delle procedure 'speciali'.

Risulta, quindi, indispensabile apportare al testo alcune modifiche, per rendere più chiare le distinzioni e per renderle conformi alle corrispondenti previsioni della direttiva 2014/24/.

Al comma 1, il primo periodo va sostituito dal seguente: *“Nell’aggiudicazione di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano le procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara”*.

Il secondo periodo va sostituito dal seguente: *“Esse possono altresì utilizzare il partenariato per l’innovazione quando sussistono i presupposti previsti dall’articolo 65, la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo quando sussistono i presupposti previsti dal comma 2 e la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara quando sussistono i presupposti tassativamente previsti dall’articolo 63”*.

Va conseguentemente soppresso il comma 6.

Al terzo periodo del comma 1, vanno soppresse le parole *“di regola”*, in quanto idonee ad ingenerare incertezza sull'ambito di operatività del precetto relativo all'obbligo generale di porre il progetto esecutivo a base di gara.

Qualora si intendano prevedere deroghe a tale obbligo, queste dovrebbero essere indicate espressamente all'inizio del periodo: in tal caso, il comma potrebbe prevedere che *“Tranne i casi previsti dagli articoli....., gli appalti relativi ai lavori”*.

Al medesimo periodo le parole da *“garantisce”* fino alla fine vanno sostituite dalle seguenti: *“garantisce la rispondenza dell’opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti”*, per una maggiore chiarezza della disposizione.

Al comma 2, lett. a), numero 1) la parola *“adattare”* va sostituita dalla parola *“adottare”*.

ARTICOLO 60 (PROCEDURA APERTA)

L'art. 60 non prevede il recepimento dell'art. 27, comma 4, della direttiva 2014/24, che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di ridurre di cinque giorni il termine per la ricezione delle offerte, se viene accertata la presentazione delle offerte per via elettronica.

Qualora la mancanza di tale recepimento non sia voluta, la disposizione va integrata.

Qualora invece si tratti di una specifica scelta, poiché si tratta di un caso di *gold plating*, occorre che di essa si dia conto nella relazione AIR, ai sensi dell'art. 14, comma 24-*quater*, della legge n. 246 del 2005.

ARTICOLO 63 (USO DELLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE)

L'art. 63 disciplina la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, precisando opportunamente, al comma 1, che si tratta di una procedura giustificata dalla sussistenza dei presupposti espressamente indicati nella disposizione ed imponendo all'amministrazione aggiudicatrice un relativo obbligo di motivazione.

Appare, nondimeno, utile una riformulazione del comma 1 che precisi il contenuto della motivazione.

A tal fine le parole "*dandone conto con adeguata motivazione nel primo atto della procedura*" vanno sostituite con le seguenti: "*dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti*".

Per una migliore descrizione della fattispecie, risulta inoltre utile aggiungere, sia nella rubrica sia nel primo comma, le parole "*di un bando di gara*" dopo "*previa pubblicazione*".

Al comma 2, lett. c), sono state aggiunte, rispetto ai presupposti tassativamente indicati all'art. 32 della direttiva 2014/24 e riferite alle ragioni di estrema urgenza, le situazioni relative alle emergenze di protezione civile e ai casi di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati, quali casi che consentono la procedura negoziata ivi disciplinata.

Senonché, tale aggiunta, ancorché testualmente formulata come una specificazione del *genus* delle situazioni di estrema urgenza che impediscono il rispetto dei termini delle procedure ordinarie, risulta confliggente con l'art. 26, comma 6, della direttiva 2014/24 (che vieta

agli Stati membri di permettere la procedura in questione in casi diversi da quelli di cui all'art. 32), e con il criterio della lett. q), n. 1), della legge delega, il quale ha configurato come eccezionale la procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara.

Conseguentemente, vanno eliminate, al comma 2, lett. c), le parole da “*ivi comprese*” fino a “*normativa ambientale*”, fermo restando che si può seguire tale procedura per gli appalti finalizzati a fronteggiare le emergenze di protezione civile o quelle ambientali, quando sussistano effettivamente situazioni di attuale ed estrema urgenza.

Al comma 3, lett. a), è previsto che la procedura in questione è consentita qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, con l'eccezione, conforme alla previsione di cui all'art. 32, comma 3, lett. a) della direttiva 2014/24, della “produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo”.

Senonché, tale eccezione è introdotta con l'espressione, lessicalmente errata, di “*salvo che non*”, che non assume il significato della deroga contemplata nella direttiva: per restituire alla previsione il significato dell'eccezione, occorre eliminare la parola “*non*”.

Al comma 6, l'espressione “*ove possibile*” va soppressa, perché comporterebbe incertezze sull'ambito di applicazione delle regole e una negativa incidenza sul rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenza.

ARTICOLO 64 (DIALOGO COMPETITIVO)

In relazione all'art. 64, preliminarmente si segnala che nella definizione del dialogo competitivo contenuta all'art. 3 vanno sopresse le parole “*appalti particolarmente complessi*”, poiché nella direttiva 2014/24 tale carattere non ha rilevanza (mentre era previsto nella precedente direttiva 18).

Si osserva, ancora, che non risulta recepita la previsione, formulata in termini vincolanti, dell'obbligatorietà dell'aggiudicazione dell'appalto sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, indicato come l'unico utilizzabile dall'art. 30, par.1, ultimo periodo, della direttiva 2014/24.

L'ultimo periodo del comma 4, sull'obbligo di indicazione nel bando di gara o nell'avviso di indizione della gara dei criteri di aggiudicazione scelti, comporta anch'esso che non vi è conformità al citato paragrafo della direttiva, poiché rimette all'amministrazione aggiudicatrice la scelta discrezionale sul criterio di aggiudicazione, mentre la direttiva prevede

quale unico criterio utilizzabile quello del miglior rapporto qualità/prezzo. Ne consegue che va espressamente riprodotta, alla fine del comma 1, con un periodo separato, la specifica previsione della direttiva sopra indicata. Si segnalano ‘errori di battitura’ al comma 5 (“*necessità*”) e al comma 6 (“*parità*”).

Al comma 12, le parole “a condizione che” vanno sostituite con “qualora”.

ARTICOLO 65 (PARTENARIATO PER L’INNOVAZIONE)

Si segnala che i commi 1 e 3 dell’art. 65 ripetono, in parte, lo stesso precetto, relativo ai presupposti che consentono la scelta del partenariato per l’innovazione.

Il comma 3 va, quindi, corretto mediante l’eliminazione delle parole da “*manifestano*” a “*sul mercato*”; la parola “*fissa*” va sostituita con “*fissano*” e il comma deve diventare il secondo, per una più razionale e comprensibile sequenza logica della disposizione.

L’attuale comma 2 diventa, quindi, comma 3.

ARTICOLO 66 (CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO)

Nell’art. 66, al primo periodo del secondo comma la parola “*decreto*” sostituita con la parola “*codice*”.

ARTICOLO 67 (PARTECIPAZIONE PRECEDENTE DI CANDIDATI OD OFFERENTI)

Nell’art. 67 il comma 1 non indica quali possano essere le “*misure adeguate*” per garantire che la concorrenza non sia falsata.

E’ necessario che tali misure – anche per prevenire l’altrimenti inevitabile contenzioso - siano espressamente determinate dalla normativa primaria, ovvero con un successivo regolamento.

ARTICOLO 68 (SPECIFICHE TECNICHE)

Nell’art. 68, comma 5, l’espressione “, *purché compatibili con la normativa dell’Unione europea,*” va soppressa, poiché superflua.

ARTICOLO 70 (AVVISI DI PREINFORMAZIONE)

Nell’art. 70, comma 1, le parole “*di norma*” vanno soppresse, dovendosi precisare quali siano le conseguenze del superamento del termine del 31 dicembre.

ARTICOLO 71 (BANDI DI GARA)

Nell'art. 71, sul piano formale, nel terzo periodo dell'unico comma va messo il soggetto "Essi" prima della parola "contengono".

ARTICOLO 72 (REDAZIONE E MODALITÀ DI PUBBLICAZIONE DEI BANDI E DEGLI AVVISI)

Nell'art. 72, il secondo periodo del comma 2 dispone che sono a carico della Unione Europea le spese ivi indicate.

Poiché una disposizione nazionale non può avere una tale portata normativa, il testo va modificato, ad esempio disponendo, dopo la parola "trasmissione", " , *salve le disposizioni sulla loro pubblicazione da parte dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea*".

Analogo rilievo si farà in relazione all'art. 130.

ARTICOLO 73 (PUBBLICAZIONE A LIVELLO NAZIONALE)

In relazione all'art. 73, per una migliore chiarezza della disposizione, si suggerisce di cambiare l'ordine dei commi nel modo che segue: i commi 1, 2 e 3 diventano 4, 5 e 6 (e, ovviamente, viceversa).

All'ultimo periodo dell'attuale comma 1 (che dovrebbe diventare il comma 4), le parole "del predetto codice", che non hanno uno specifico significato, vanno sostituite con le parole "del predetto decreto" (riferendosi il testo al decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previsto al periodo precedente).

Al comma 3, il refuso "comma 1?" va sostituito con "comma 1, i".

Al comma 4, sia nel primo che nel secondo periodo, le parole "a livello" vanno sostituite con "in ambito".

ARTICOLO 74 (DISPONIBILITÀ ELETTRONICA DEI DOCUMENTI DI GARA)

Nell'art. 74, sul piano formale, nel comma 3 va apposta una virgola dopo le parole "comma 2".

ARTICOLO 76 (INFORMAZIONE DEI CANDIDATI E DEGLI OFFERENTI)

L'art. 76 contiene le regole sulle informazioni da fornire a candidati ed offerenti, al fine della tempestiva e completa conoscibilità degli atti, anche in funzione acceleratoria dell'eventuale contenzioso.

Esso necessita, come si evidenzierà in relazione all'art. 204, di un congruo coordinamento con il nuovo rito processuale contro gli atti di ammissione e di esclusione.

A tal fine, ai commi 2 e 4 l'avverbio "*tempestivamente*", va sostituito con la parola "*immediatamente*", ferma restando l'ulteriore previsione secondo cui non si può comunque superare il termine massimo ivi previsto.

Va inserita una disposizione di raccordo con la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di esclusione e ammissione, da collocare dopo l'attuale comma 2, con rinumerazione dei commi successivi, così formulata alla stregua di quanto già proposto sull'art. 29:

“Fermo quanto previsto nell'articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”.

Si rinvia alle osservazioni formulate relativamente all'art. 204 per le relative motivazioni.

Sul piano formale si osserva che:

- al comma 2, primo periodo, le parole "*od offerente*" vanno sostituite con "*o dell'offerente*";
- al comma 3, la parola "*taluna*" va sostituita con "*le*";
- al comma 5, vanno soppresse le parole "*di norma*".

ARTICOLO 77 (COMMISSIONE DI AGGIUDICAZIONE)

L'art. 77 individua le modalità di composizione della commissione di aggiudicazione per le ipotesi in cui gli appalti debbano essere aggiudicati in base al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Esso recepisce la lett. hh) legge delega, e costituisce uno dei punti innovativi della riforma degli appalti pubblici, sottraendosi la scelta dei commissari di gara alle stazioni appaltanti, in funzione delle esigenze di trasparenza, imparzialità, competenza professionale dei commissari di gara. Si tratta di un indubbio strumento che si aggiunge agli altri che l'ordinamento appronta per la prevenzione e la lotta alla corruzione e

alla infiltrazione criminale nella gestione delle gare pubbliche. Rispondendo la norma a finalità di trasparenza e prevenzione di illeciti penali, la stessa può essere ricondotta sia all'ordine pubblico che alla tutela della concorrenza e non può dirsi afferente a profili strettamente organizzativi, che come tali, a legislazione costituzionale oggi vigente, rientrerebbero nella competenza legislativa regionale (come ha a suo tempo affermato la Corte cost. 19-23 novembre 2007, n. 401 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 84, commi 2, 3, e 8, d.lgs. n. 163/2006 relativi alla composizione e nomina delle commissioni di gara, "nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che le norme in essi contenute abbiano carattere suppletivo e cedevole").

A maggior ragione quando l'art. 117 vigente alla data odierna, verrà sostituito dal nuovo art. 117, dovrebbe essere fugato ogni dubbio in ordine alla riconducibilità della disciplina delle commissioni di gara alla competenza legislativa statale esclusiva.

Per quanto riguarda il comma 3 (che disciplina le modalità di individuazione del commissari attraverso il metodo del pubblico sorteggio) il testo va adeguato al criterio di delega *hh.2*), che richiama il "*rispetto del principio di rotazione*".

A tal fine, alla fine del secondo periodo, si suggerisce di inserire le parole "*e comunque nel rispetto del principio di rotazione*".

Analogo rilievo va svolto sulla possibilità di nominare componenti interni, che deve essere comunque subordinata al rispetto del principio di rotazione.

Pertanto, valuterà il Governo se la previsione di cui al quarto periodo (possibilità, per gli appalti cc.dd. 'sotto-soglia' e per quelli di non particolare complessità di nominare commissari propri dipendenti) sia effettivamente compatibile con il criterio di delega *hh.2*), che non prevede espressamente tale possibilità.

In particolare occorrerà valutare se la richiamata previsione risulti nel complesso giustificata sulla base degli obiettivi di semplificazione e rapidità dei procedimenti di cui al criterio di delega della lett. *g*).

Il comma 11 stabilisce che, in caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, deve essere riconvocata la stessa commissione.

Tale comma va integrato o modificato, specificando che l'obbligo di riconvocare la medesima commissione a seguito dell'annullamento

degli atti della procedura non sussiste qualora il vizio che ha comportato l'annullamento sia derivato proprio da un vizio nella composizione della commissione.

A tal fine, alla fine del comma vanno aggiunte le seguenti parole: “, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione”.

Risulta inoltre opportuno integrare la disciplina in tema di cause di incompatibilità dei commissari introducendo una disposizione di contenuto analogo a quella di cui all'art. 84, comma 6 del previgente codice, secondo cui “*sono 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*”.

Analogamente, risulta opportuno estendere anche ai commissari la disciplina prevista per il conflitto di interessi di cui all'art. 42.

ARTICOLO 78 (ALBO DEI COMPONENTI DELLE COMMISSIONI GIUDICATRICI)

L'art. 78 prevede l'istituzione di uno specifico albo dei componenti delle commissioni giudicatrici, di cui al precedente art. 77.

Esso recepisce il criterio *hb.3*) della legge di delega che, tuttavia, ha demandato all'ANAC il solo compito di “*adott[are] con propria determinazione la disciplina generale per la tenuta dell'albo, comprensiva dei criteri per il suo aggiornamento*”.

L'articolo presenta una criticità relativa all'estensione dell'ambito disciplinato.

Secondo la legge delega, infatti, le determinazioni dell'ANAC possano disciplinare i soli aspetti – per così dire – ‘endorganizzativi’ per ciò che attiene le modalità gestionali di tenuta dell'Albo.

La legge delega non ha invece attribuito all'ANAC il potere di disciplinare i presupposti e requisiti per l'iscrizione, ivi compresi gli specifici requisiti di professionalità e moralità di cui al richiamato criterio di delega.

Si tratta, infatti, di una regolamentazione costitutiva o modificativa di *status* soggettivi eccedente il richiamato criterio di delega.

L'articolo in questione, quindi, dovrebbe essere riformulato in modo da prevedere già nella disposizione primaria i presupposti e le condizioni per l'iscrizione nell'albo e demandando alle determinazioni dell'ANAC la sola disciplina relativa alla sua tenuta e al suo aggiornamento.

Per quanto riguarda, poi, il possesso di specifici requisiti “*di competenza e di professionalità nello specifico settore cui si riferisce il contratto*”, il Governo potrebbe valutare la possibilità di articolare l’Albo in questione per aree tematiche omogenee.

ARTICOLO 79 (FISSAZIONE DI TERMINI)

L’art. 79 rappresenta la traduzione sostanzialmente conforme delle disposizioni eurounitarie di riferimento (in particolare: dir. 2014/24/UE, art. 47 e analoghe disposizioni delle direttive *utilities* e concessioni) in tema di fissazione di termini per il ricevimento delle domande di partecipazione e delle offerte. Esso, quindi, non pone questioni di particolare rilevanza.

Per ragioni di chiarezza espositiva è opportuno inserire al comma 2, dopo le parole “*termini per la ricezione delle offerte*”, la parola “*comunque*”.

Si suggerisce inoltre di recepire la previsione di cui alla dir. 2014/24/UE, art. 47, par. 3, terzo comma, secondo cui “*se le informazioni supplementari non sono state richieste in tempo utile o la loro importanza ai fini della preparazione di offerte adeguate è insignificante, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a prorogare le scadenze*”.

Tale indicazione potrebbe costituire un apposito comma 5 dell’articolo in esame.

ARTICOLO 80 (MOTIVI DI ESCLUSIONE)

L’art. 80 reca il recepimento dell’art. 57 della dir. 2014/24/UE (nonché delle analoghe disposizioni delle direttive *utilities* e concessioni) e riguarda l’ambito in precedenza disciplinato dall’art. 38 del previgente d.lgs. n. 163 del 2006 in tema di individuazione dei cc.dd. requisiti di ordine generale (o di moralità) che i concorrenti devono possedere ai fini della partecipazione alle pubbliche gare.

In relazione al **comma 1**, primo periodo, al fine di evitare contenzioso sulla questione, occorre chiarire se, nel caso in cui il motivo di esclusione riguardi la figura del subappaltatore, la conseguenza dell’esclusione colpisca o meno anche il concorrente principale (e ciò, in particolare, nelle ipotesi in cui il nominativo del subappaltatore sia stato indicato dal concorrente già in sede di domanda di partecipazione ai sensi

dell'art. 105 del codice). E, invero, l'art. 105, comma 4, lettera c) obbliga il concorrente a dichiarare l'assenza in capo al subappaltatore dei motivi di esclusione di cui all'art. 80.

Considerazioni analoghe valgono per le altre disposizioni dell'art. 80 (es.: comma 5, alinea; comma 7) che richiamano in modo espresso la figura del subappaltatore.

Si osserva sempre in relazione al **comma 1**, che, diversamente dal previgente codice che individuava le condanne penali rilevanti con una clausola generale (tutti i reati incidenti sulla moralità professionale), esso elenca alcuni specifici titoli di reato.

E' opportuno integrare l'elenco con una clausola di chiusura (quale quella già recata dall'art. 38, comma 1, lett. c) del previgente codice), che sancisca comunque l'esclusione dalla gara in caso di condanne per reati gravi, comunque idonei ad incidere sulla moralità professionale del concorrente.

In tal caso, dopo la lett. f) del comma 1 si dovrebbe inserire una lett. g) del seguente contenuto: "*g) ogni altro reato grave in danno dello Stato o dell'Unione europea che sia idoneo ad incidere sulla moralità professionale*".

In subordine, dovrebbe quanto meno essere prevista l'esclusione nel caso di ogni altra condanna penale da cui derivi quale pena accessoria l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, atteso che l'elenco dei reati contenuto nel comma 1 dell'art. 80 non è esaustivo di tutti i reati dai quali, secondo il vigente ordinamento penale, consegue l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

Siffatta integrazione non sembra incontrare limiti nel divieto di *gold plating*, se correttamente inteso, come indicato nella parte generale. In tal caso vengono in rilievo principi di tutela dell'ordine pubblico e non meri oneri burocratici.

Al **comma 4, ultimo periodo**, si ritiene necessario specificare che la mancata esclusione del concorrente cui siano ascritte violazioni in materia fiscale e contributiva a seguito di regolarizzazione (o richiesta di regolarizzazione) può operare solo purché la regolarizzazione (o la richiesta) siano state disposte prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione.

In tal caso, alla fine dell'ultimo periodo dovrebbero essere aggiunte le seguenti parole: "*; purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande*".

Al **comma 5, lett. b)**, si ritiene necessario (anche per ragioni di coerenza del sistema) riprodurre la previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), secondo cui l'esclusione dalla gara non è disposta se l'impresa sia

stata ammessa al c.d. ‘concordato con continuità aziendale’, di cui all'art. 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: in ogni caso, tale lettera deve risultare coerente con quanto previsto all’art. 110, c. 3, che solo a certe condizioni consente la partecipazione alle gare di chi è ammesso a tale tipo di concordato o è sottoposto alle altre procedure concorsuali ivi menzionate.

Al **comma 5, lett. c)**, le parole “*gravi comportamenti illeciti*” andrebbero sostituite con l’espressione comunitaria “*gravi illeciti professionali*”, e le parole “*tra questi rientrano*”, andrebbero sostituite con “*tra questi, a titolo esemplificativo, rientrano*”.

Sempre al **comma 5, lett. c)** si suggerisce di sostituire le parole “*le carenze nell’esecuzione di un precedente contratto*” con le parole “*le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto*”.

Ciò, al fine di armonizzare tale causa di esclusione con quella contemplata dalla dir. 2014/24/UE, art. 57, par. 4, lett. g).

Ancora al comma 5, lett. c) si suggerisce di chiarire che le carenze nell’esecuzione di un precedente contratto che causano l’esclusione sono sia quelle in cui “*la risoluzione anticipata [non sia] contestata in giudizio*”, sia quelle in cui l’esclusione sia stata confermata all’esito di un giudizio.

Pertanto, dopo le parole “*non contestata in giudizio*” occorrerebbe aggiungere le parole “*ovvero confermata all’esito di un giudizio*”

Al **comma 5, lett. e)** si suggerisce di valutare se includere fra le ipotesi di esclusione non solo “*una distorsione della concorrenza*”, ma anche *un tentativo* in tal senso. Ciò, in quanto la condotta anticoncorrenziale è ritenuta pericolosa dall’ordinamento UE (e da quello nazionale) non solo quando abbia *un effetto* violativo delle regole concorrenziali, ma anche quando abbia soltanto *ad oggetto* il conseguimento di una siffatta violazione.

In tal caso, dopo le parole “*una distorsione*” occorrerebbe aggiungere le seguenti “*ovvero un tentativo di distorsione*”.

Al **comma 5, lett. g)** è opportuno chiarire che l’iscrizione nel casellario informatico tenuto dall’Osservatorio presso l’ANAC determina l’esclusione solo limitatamente al periodo di iscrizione (e senza alcuna ultrattività successiva alla cancellazione).

A tal fine, alla fine della lett. g) occorre inserire le seguenti parole: “*, per il periodo durante il quale perdura l’iscrizione*”.

Al **comma 8** si suggerisce di chiarire che le “*misure*” di riparazione idonee a consentire comunque la partecipazione alla gara menzionate sono quelle di cui al precedente comma 7.

A tal fine si suggerisce di inserire dopo le parole “*che le misure*” le seguenti: “*di cui al comma 7*”.

Nel **comma 10**, che costituisce puntuale recepimento delle direttive, si disciplina la durata del periodo di esclusione dalle gare in modo difforme rispetto a quanto sin qui previsto: sinora si dava rilievo solo alla intervenuta riabilitazione, in caso di condanne penali; nella nuova previsione si prescinde dalla intervenuta riabilitazione in sede penale e si fa durare la causa di esclusione per cinque anni, decorrenti dal giudicato penale, a meno che la condanna penale non fissi specificamente il periodo di esclusione. Peraltro, nel recepire la direttiva, che lasciava agli Stati membri il compito di fissare in via residuale la durata massima dell'esclusione dalle gare, si è usata la locuzione “tale periodo non supera i cinque anni”, non chiarendosi a chi compete fissare la durata dell'esclusione, con il conseguente rischio di contenzioso applicativo.

Inoltre, la previsione va raccordata con l'art. 37 cod. pen. che fissa un diverso criterio residuale per stabilire la durata delle pene accessorie (ivi compresa quella della incapacità di contrattare con la p.a.), ove non fissata dalla sentenza.

Inoltre, occorre tener conto che nel vigente ordinamento penale non è previsto che le condanne fissino “*il periodo di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara*”. E' invece prevista la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 32-ter cod. pen.), che ha una portata più ampia.

E' opportuno, per evitare equivoci esegetici, uniformare il linguaggio.

In conclusione, nel comma 10, è opportuno sostituire le parole le parole “*Se il periodo di esclusione dalle partecipazione alle procedure di gara non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni*” con le parole “*Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tal caso è pari alla durata della pena principale,*”

Si suggerisce di valutare la possibilità di riconfermare alcune cause di esclusione già contemplate dall'art. 38 del previgente codice e che nel presente articolato non risultano riprese, e in particolare le ipotesi:

- di violazione del divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 della l. 19 marzo 1990, n. 55 (già: art. 38, lett. d));

- di mancata presentazione della certificazione di cui all'art.17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 (in tema di diritto al lavoro dei disabili) salvo il disposto del comma 2 (già: art. 38, lett. l));
- di mancata denuncia alle Autorità di tentativi di estorsione ai propri danni (già: art. 38, lett. m-ter));
- di presentazione di offerte da parte di imprese in relazione di controllo, laddove risulti che le offerte sono riferibili a un unico centro decisionale (già: art. 38, lett. m-quater)).

Si tratta, infatti, di ipotesi particolarmente significative ai fini della prevenzione della commissione di illeciti e di tutela della legalità.

Va riponderato **comma 13**, secondo cui l'ANAC può emanare linee-guida al fine di “*precisare (...) quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 4, lettera c)*” (si tratta delle circostanze rivelatrici dei necessari requisiti di integrità o affidabilità in capo al concorrente).

In particolare, dovrebbe essere specificato che tali linee guida si limitano ad indicazioni meramente esemplificative e che esse non possono in alcun modo limitare gli apprezzamenti discrezionali da parte delle stazioni appaltanti, ovvero fornire una sorta di ‘catalogo chiuso’ di cause di esclusione (catalogo che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, si presterebbe agevolmente a comportamenti elusivi ed opportunistici, sortendo un effetto di fatto opposto rispetto a quello auspicato).

A tal fine, dopo le parole “*da parte delle stazioni appaltanti*” si potrebbero inserire le seguenti: “*e comunque in via non esaustiva,*”.

Sotto il profilo formale:

- al comma 3, la parola “*opera*” va sostituita con “*va disposta*”;
- dopo “*impresa individuale,*” le parole “*dei soci*”» vanno sostituite con “*di un socio*”;
- le parole “*l'esclusione e il divieto non operano*” vanno sostituite con “*l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica*”;
- inoltre, si segnala che nell'art. 80, comma 5, lett. f), si fa riferimento all'art. 36-bis, comma 1, d.l. n. 223 del 2006 che risulta abrogato.

ARTICOLO 81 (DOCUMENTAZIONE DI GARA)

L'art. 81 individua la documentazione che i concorrenti devono produrre al fine di attestare il possesso dei necessari requisiti di partecipazione (sia di ordine soggettivo, che oggettivo).

Al comma 2, per ragioni di *drafting* e di migliore leggibilità del testo, si suggerisce di trasformare in un comma distinto i periodi dal terzo in poi.

Sempre al comma 2 si segnala un'apparente ripetizione per ciò che riguarda la "*progressiva informatizzazione*" – da introdursi attraverso il decreto ministeriale di cui al medesimo comma 2 - "*dei documenti necessari a comprovare i requisiti di partecipazione e l'assenza di cause di esclusione*" (si tratta di una locuzione che si rinviene, in modo pressoché identico, al secondo e al quinto periodo del comma 2).

Sul piano formale si osserva che:

- il comma 2 è eccessivamente lungo, comprendendo sette periodi sintattici, che rendono il testo di difficile lettura;
- al comma 2, quarto periodo, le parole "*Allo scopo*" vanno soppresse;
- al comma 2, quarto periodo le parole "*provvede ad effettuare le dovute comunicazioni*" vanno sostituite con "*comunica le circostanze*";
- al comma 2, sesto periodo, tra "*ANAC*" e "*tali da non rendere*" va apposta una virgola;
- al comma 2, ultimo periodo, sostituire le parole "*all'adozione dell'adozione*" con "*all'adozione*";
- al comma 3, la parola "*validità*" va sostituita con "*efficacia*".

ARTICOLO 82 (RAPPORTI DI PROVA, CERTIFICAZIONE E ALTRI MEZZI DI PROVA)

In relazione all'art. 82, sotto il profilo formale si osserva che:

- al comma 2, le parole "*a condizione che*" vanno sostituite con "*purché*";
- le parole "*lo stesso*" vanno sostituite con "*questi*".

ARTICOLO 83 (CRITERI DI SELEZIONE E SOCCORSO ISTRUTTORIO)

L'art. 83 attua le previsioni di cui all'art. 58 della direttiva 2014/24/UE, (nonché delle analoghe disposizioni delle direttive *utilities* e concessioni) e individua le modalità di carattere oggettivo attraverso le quali le stazioni appaltanti possono procedere a una selezione quantitativa del numero dei partecipanti.

L'articolo, peraltro, assume un contenuto alquanto eterogeneo, comprendendo, nel proprio ambito, regole riguardanti aspetti diversi della procedura:

- i criteri di selezione dei concorrenti;
- il soccorso istruttorio (riferito, in termini generali, a tutti gli aspetti formali dell'offerta);
- la definitiva cristallizzazione delle offerte ammesse alla selezione, all'esito della fase di ammissione;
- il sistema di premialità e penalità da istituire presso l'ANAC.

Per una migliore comprensione del testo, quindi, sarebbe opportuno suddividere l'attuale art. 83 in separati articoli, anche mediante una più accurata formulazione ed un migliore coordinamento con le diverse fasi della procedura.

Il comma 2 affida all'ANAC la disciplina (caratterizzata da generalità e astrattezza) di rilevanti aspetti sostanziali in tema di selezione dei candidati, caratteri del sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento e requisiti e capacità che devono essere posseduti dal concorrente, integrando una parte rilevante della materia disciplinata e incidendo altresì su specifici *status* soggettivi. Si tratta di materia intrinsecamente normativa, che completa il dettato delle disposizioni di rango primario e che andrebbe più propriamente affidata alla sede regolamentare, con le relative implicazioni anche in termini di garanzie procedurali.

Alla luce di quanto osservato nella parte generale (sub II.g)), si demanda al Governo di valutare se riconfermare il riparto di attribuzioni del presente articolo, ovvero modificarlo affidando una parte di tale materia ai decreti ministeriali adottati su proposta dell'ANAC, lasciando comunque all'ANAC il sistema di premialità e penalità del comma 10, nonché la disciplina delle SOA di cui al successivo art. 84, secondo quanto già previsto dall'abrogando d.lgs. n. 163/2006.

In tale seconda ipotesi, le competenze attribuite all'ANAC in tema di qualificazione avrebbero comunque piena esplicazione attraverso il potere di proposta, che costituisce tipico atto che predetermina il contenuto del provvedimento finale.

Per quanto riguarda i commi 4, 5 e 6, le relative previsioni risultano

applicabili solo per gli appalti di servizi e forniture atteso che per quelli di lavori opera lo speciale sistema di qualificazione di cui al successivo art. 84.

Se è così, per non determinare incertezze, occorrere meglio specificare l'ambito di applicazione dei richiamati commi 4, 5 e 6.

Al comma 5, per ragioni di *drafting* si suggerisce di aggiungere – alla fine del primo periodo – le parole “*oggetto di affidamento*”.

Ancora al comma 5, quarto periodo, per ragioni di coerenza interna al testo le parole “*siano aggiudicati*” vanno sostituite con le parole “*possano essere aggiudicati*”.

Il comma 7, nel disciplinare la dimostrazione dei requisiti di selezione pone in evidenza il non preciso coordinamento tra il sistema di qualificazione, i mezzi di prova indicati dall'art. 86, commi 4 e 5, e il documento di gara unico europeo di cui all'art. 85.

Si tratta di uno degli aspetti centrali delle direttive in recepimento e dei criteri di delega fissati dalla legge n. 11/2016, finalizzato a semplificare gli oneri documentali degli operatori economici e l'attività di verifica delle stazioni appaltanti.

Pertanto, si suggerisce di riformulare adeguatamente il comma 7, indicando con chiarezza il rapporti tra i diversi mezzi di dimostrazione dei necessari requisiti.

Si suggerisce, inoltre, di prevedere tra le indicazioni necessarie dei bandi di gara anche le modalità attraverso cui la stazione appaltante intende verificare la sussistenza dei necessari requisiti.

In relazione al comma 9 (che riguarda il relevantissimo tema del soccorso istruttorio) si osserva quanto segue.

Sotto il profilo lessicale, la formula “*soccorso istruttorio*”, utilizzata solo nella rubrica, dovrebbe essere sviluppata nel testo dell'articolo, ad esempio, mediante una formula di apertura: “*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma (o articolo).*”

Considerando l'incidenza della disciplina sul corretto svolgimento della procedura, mediante un equilibrato bilanciamento tra i principi di massima partecipazione, semplificazione, *par condicio* e tutela della concorrenza, si suggerisce di dedicare all'istituto un apposito articolo, che descriva in modo più puntuale, fra l'altro, l'ambito oggettivo del soccorso istruttorio e il suo svolgimento procedimentale.

In tal senso, il riferimento alle carenze del solo DGUE non appare corretto, poiché la legge delega considera ogni lacuna riferita alla “domanda”.

Il comma in esame (il quale peraltro riprende in massima parte il contenuto del d.lgs. 163 del 2006, art. 38 co. 2-*bis* in tema di c.d. ‘soccorso istruttorio a pagamento’) appare di dubbia conformità con la previsione delle legge delega, che prevede forme di “*integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda*” (lettera z), . Al di là della condivisibilità o meno di questa scelta del legislatore (che sembra eliminare un deterrente indubbiamente responsabilizzante per le imprese) non si può riproporre il meccanismo del c.d. ‘soccorso istruttorio a pagamento’ di cui all’attuale art. 38, co. 2-*bis* dell’abrogando codice.

In questa prospettiva, anche al fine di rispettare il fondamentale criterio di semplificazione imposto dalla delega, si suggerisce di prevedere due sole fattispecie alternative: le carenze formali sanabili (non onerosamente) e le lacune essenziali, non sanabili, attraverso il soccorso istruttorio, nemmeno previo il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Al primo periodo (anche per evitare contrasti in sede applicativa) si suggerisce di eliminare la possibilità di sanare con il c.d. ‘soccorso istruttorio’ la “*mancaza (...) dei requisiti*”. Ed infatti, tale previsione è obiettivamente perplessa e sembra ammettere che sia possibile per il concorrente dotarsi anche successivamente di un elemento di partecipazione in precedenza non posseduto. Se la volontà è quella di fare riferimento a “*elementi*” di carattere solo dichiarativo, allora la cosa deve essere esplicitata con chiarezza.

Occorre chiarire (anche in questo caso, al fine di evitare rilevanti contrasti in sede applicativa) in quali casi emerga una mera “irregolarità essenziale” della dichiarazione (che può essere ammessa al soccorso istruttorio) e in quali casi si è invece in presenza della carenza di un elemento essenziale dell’offerta (che comporta l’esclusione dell’impresa).

Si rappresenta, poi, l’opportunità di conservare, comunque, una forma di “soccorso procedimentale”, riferito agli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica, secondo cui, fermo restando il divieto di integrazione documentale, l’amministrazione, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell’offerta, possa richiedere chiarimenti al concorrente.

In conclusione, il comma 9, potrebbe essere riformulato nel seguente modo: “*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione*

di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano resi, integrati o regolarizzati i documenti e le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, o di inadeguatezza delle integrazioni presentate, il concorrente è escluso dalla gara.”

Per ragioni sistematiche si suggerisce di collocare altrove la disposizione di cui al penultimo periodo (di per sé condivisibile, ma evidentemente posizionata ‘fuori contesto’), secondo cui *“ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*. Ad esempio, la disposizione, opportunamente riformulata, potrebbe essere collocata nell'ambito del Titolo IV, che disciplina l'aggiudicazione nei cc.dd. ‘settori ordinari’.

Anche la previsione del comma 10, relativa al sistema di premialità e penalità, non risulta correttamente inserita nell'ambito dell'art. 83 e, pertanto, deve essere collocata in un separato articolo.

La disposizione riproduce, con alcuni sviluppi, due previsioni della legge delega (lett. q), n. 5) e lett. uu).

Il comma 10 in esame fonde in un unico articolo due ipotesi riferibili ad aspetti diversi, senza chiarire le caratteristiche essenziali del sistema e la sua rilevanza ai fini della qualificazione degli operatori economici.

Si osserva infine che non è stata riconfermata in modo espresso la previsione di cui al d.lgs. 163 del 2006, art. 46 co. 1-*bis*, che fissa il principio della c.d. ‘tipicità e tassatività delle cause di esclusione’.

Occorre, quindi, riprodurre, con gli adattamenti opportuni, l'attuale previsione codicistica, con una formulazione del seguente tenore *“i bandi e le lettere di invito non possono prevedere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

Sul piano formale si osserva che al comma 5, primo periodo, la parola *“debitamente”* va sostituita con *“adeguatamente”*.

Sempre sul piano formale, per l'ipotesi in cui non si accolga la proposta di riformulazione del comma 9 relativo al soccorso istruttorio si rileva che in tale comma 9, nell'ultimo periodo, viene definita come *“irregolarità essenziale”* sanabile *“le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del o dei soggetti responsabili della stessa”*. Se si è inteso in questa parte recepire la determinazione ANAC n. 1/2015, va

inserita dopo la parola “*del*” la parola “*contenuto*”, atteso che tale delibera ha ritenuto essere irregolarità essenziali quelle carenze che non consentono l’individuazione del contenuto o dei soggetti responsabili

ARTICOLO 84 (SISTEMA UNICO DI QUALIFICAZIONE DEGLI ESECUTORI DI LAVORI PUBBLICI)

L’art. 84 ripropone molti degli aspetti del sistema di qualificazione degli operatori di cui all’attuale art. 40 dell’abrogando codice appalti (basato sulla figura delle SOA), ma non individua – come sarebbe stato auspicabile – le relative tipologie e l’importo dei lavori (*i.e.*: le categorie e le classifiche di cui all’art. 61 del d.P.R. 207 del 2010), demandandone la definizione puntuale a linee guida dell’ANAC.

Alla luce di quanto esposto nella parte generale (sub II.g)), e analogamente a quanto osservato per l’art. 83, si demanda anche in questo caso al Governo di valutare se riconfermare tale riparto di attribuzioni, ovvero modificarlo (affidando una parte di tale materia alle linee guida ministeriali adottate su proposta dell’ANAC, lasciando comunque all’ANAC la disciplina delle SOA, secondo quanto già previsto dall’abrogando d.lgs. n. 163/2006).

Come già rilevato per l’art. 83, si tratta di materia intrinsecamente normativa, che completa il dettato delle disposizioni di rango primario e che andrebbe più propriamente affidata alla sede regolamentare, con le relative implicazioni anche in termini di garanzie procedurali.

In tale seconda ipotesi, le competenze attribuite all’ANAC in tema di qualificazione avrebbero comunque piena esplicazione attraverso il potere di proposta, che costituisce tipico atto che predetermina il contenuto del provvedimento finale.

Nel **comma 1** va soppresso l’inciso “*di regola*”, che potrebbe depotenziare il sistema unico di qualificazione, lasciando intendere che le stazioni appaltante potrebbero chiedere, a loro discrezione, altre qualificazioni. Le eventuali deroghe alla previsione generale del sistema unico di qualificazione, se ritenute indispensabili, vanno puntualmente specificate.

Ancora dal punto di vista generale si osserva che, per consentire la migliore funzionalità del sistema di qualificazione, occorrerebbe consentire che le SOA abbiano accesso alle banche dati contenenti informazioni pertinenti ai fini del rilascio e/o della revoca dell’attestazione.

Dovrebbe essere chiarito, poi, che per i lavori sopra 150.000 la qualifica è solo tramite soa e non deve essere effettuata gara per gara.

In relazione al **comma 3**, si osserva che esso introduce un'attività straordinaria dell'ANAC di revisione delle SOA. Trattandosi di previsione transitoria, andrebbe espunta dall'art. 84 e collocata nell'art. 216.

Per quanto riguarda il **comma 4, lett. d)**, esso fa dipendere il c.d. rating di legalità (*inter alia*) “[dall’]assenza di contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto”.

La legge delega fa però riferimento “[agli] accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi”, il che rende chiaro che non è l’esistenza di un contenzioso in quanto tale a poter influenzare il rating di legalità, quanto la sua definitiva conclusione in senso sfavorevole al concorrente. Si suggerisce al riguardo di inserire dopo le parole “assenza di contenzioso” le seguenti: “all’esito del quale l’impresa sia risultata soccombente”

Al **comma 6, secondo periodo** va chiarito se la sospensione cautelare dell’efficacia dell’attestazione dei requisiti rappresenti una conseguenza automatica della segnalazione di una possibile irregolarità, ovvero se essa possa essere disposta (come sembra preferibile) solo all’esito di un giudizio motivato.

Per quanto riguarda il **comma 7**, valuterà il Governo se modificare la lett. b), sostituendo il riferimento agli appalti “*analoghi*” con quello agli appalti “*compresi nella categoria individuata come prevalente*”.

Va infatti limitata al massimo la possibilità che l’individuazione dei requisiti sia parametrata alla figura soggettiva di alcuno dei concorrenti.

Si osserva infine che non risulta pienamente recepito il criterio direttivo *w)*, secondo cui, nel disciplinare la materia delle attestazioni, il codice dovrà consentire che “*il curatore del fallimento possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, che possa essere affidatario di subappalti e che possa stipulare i relativi contratti quando l’impresa fallita è in possesso delle necessarie attestazioni ed è stato autorizzato l’esercizio provvisorio*”.

Vero è che il successivo art. 110 disciplina le ipotesi in cui il concorrente dichiarato fallito può essere ammesso a partecipare alla gara ovvero a proseguire nell’esecuzione del contratto, ma nulla dice in relazione alla possibilità per l’operatore in stato di fallimento di ottenere la qualificazione.

L’art. 84, ovvero in alternativa l’art. 110, va dunque integrato introducendo fra i casi in cui è possibile il rilascio dell’attestazione di

qualificazione anche l'ipotesi dell'operatore fallito e nondimeno autorizzato alla prosecuzione dell'attività (si tratta di un'ipotesi che, nell'attuale formulazione, sembra essere impedita dal riferimento, contenuto nel comma 4, lettera a), al pieno possesso dei “*requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del presente codice*”).

Sul piano formale si osserva che:

- al comma 2, primo periodo, vanno soppresse le parole da “*Al fine*” fino a “*di cui al comma 1,*”;
- al comma 2, secondo periodo, prima delle parole “*sospensione*” e “*decadenza*”, va aggiunto “*la*”;
- al comma 6, ultimo periodo, va eliminata la virgola prima di “*costituiscono*”;
- al comma 8, secondo periodo, la parola “*predette*” va soppressa.

ARTICOLO 85 (DOCUMENTO DI GARA UNICO EUROPEO)

L'art. 85 recepisce l'art. 59 della direttiva 2014/24/UE (nonché le analoghe disposizioni delle direttive *utilities* e concessioni) e indica i contenuti del documento di gara unico europeo, il quale costituisce una prova documentale preliminare in ordine al possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara (e fatta salva la successiva verifica in ordine all'effettivo possesso).

Il modello di formulario del DGUE è stato approvato dalla Commissione europea con regolamento 2016/7 del 5 gennaio 2016 (pubblicato in GUUE del 6 gennaio 2016). Si potrebbe alla fine del comma 1 aggiungere l'inciso: “*redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione europea*”.

Al comma 1, lett. c) occorre precisare che l'indicazione dei criteri oggettivi fissati ai sensi dell'art. 91 è solo eventuale (del resto, si tratta di criteri per la riduzione del numero dei concorrenti che le stazioni appaltanti *possono* introdurre, ed è preferibile non lasciare l'incertezza circa un potenziale contenuto obbligatorio nell'ambito della predisposizione del DGUE).

In tal caso, prima delle parole “*soddisfa i criteri*” vanno inserite le seguenti: “*se del caso,*”

Valuterà il Governo l'opportunità di prevedere al comma 5, secondo periodo che la richiesta di presentare i documenti complementari aggiornati non sia rivolta solo all'impresa prima classificata, ma almeno anche alla seconda. Tanto, per ottimizzare i tempi per l'aggiudicazione qualora emergano elementi che impongono l'esclusione della prima classificata.

In questo caso, dopo le parole “*cui ha deciso di aggiudicare l'appalto*” occorrerebbe inserire le parole “*nonché l'impresa che la segue in graduatoria*”
Sempre al comma 5, si osserva che non risulta recepito l'art. 59, paragrafo 4, secondo comma, ultimo periodo, dir. 2014/24/UE, secondo cui “*l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati ricevuti ai sensi degli articoli 60 e 62*”. Tale disposizione dovrebbe essere recepita in quanto essa rappresenta un utile corollario del principio del soccorso istruttorio in corso di gara e della leale collaborazione fra amministrazione e concorrenti.

È in ogni caso necessario prevedere un più preciso coordinamento tra il presente articolo e il sistema dei controlli, in maggiore aderenza con i puntuali criteri di semplificazione previsti dalla legge delega, alle lett. z) ed aa).

Sotto il profilo formale, al comma 5, le parole “*a offerenti e candidati*” vanno sostituite con “*agli offerenti e ai candidati*”.

ARTICOLO 86 (MEZZI DI PROVA)

L'art. 86, che recepisce l'art. 60 della direttiva 2014/24/UE (nonché le analoghe disposizioni delle direttive *utilities* e concessioni), individua i mezzi di prova che l'amministrazione può esigere al fine di comprovare l'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione in precedenza dichiarati dal concorrente.

La disciplina in esame, seppure conforme a quella (non obbligatoria) delle direttive in recepimento, non risulta attuare in modo efficace i principi di semplificazione documentale imposti dalla legge di delega.

In questa prospettiva, va meglio definito il rapporto esistente tra le autocertificazioni, il DGUE, il sistema di qualificazione e le verifiche sulle dichiarazioni svolte dalla stazione appaltante.

Deve essere verificato, poi, il comma 2, lett. b), che, esigendo un'apposita certificazione dell'amministrazione fiscale, aggrava gli oneri documentali posti a carico degli operatori economici.

Al comma 2, lett. a), va integrato l'elenco degli stati, fatti e qualità che possono essere provati attraverso la produzione di un certificato del casellario giudiziario (o documento equivalente). In particolare, si ritiene che debbano essere richiamate le ipotesi di cui ai commi 1, 2, 3 e 5, lettera c).

Sotto il profilo formale:

- al comma 1, la parola “*esigere*” va sostituita con “*chiedere*”;
- al comma 2, lett. a), sostituire le parole “*l’estratto*” con “*il certificato*” per armonizzare la terminologia del codice con quella relativa al sistema del casellario giudiziario (v. t.u. n. 313 del 2002: ex art. 2, comma 1, lett. l), “*estratto*” è “l’insieme dei dati del provvedimento giudiziario o amministrativo da inserire nel sistema”, mentre i certificati, ex artt. 21 e ss., sono la prova documentale delle iscrizioni esistenti a carico di un determinato soggetto nel sistema del casellario; il mezzo documentale di prova è pertanto il certificato, non l’estratto);
- sono inesatti alcuni rinvii interni ed esterni, in particolare:
 - al comma 2, lett. a), sostituire le parole “*commi 1 e 2*” con “*commi 1, 2 e 3*”;
 - al comma 2, lett. b), sostituire le parole “*comma 3*” con “*comma 4*”;
 - a comma 3, sostituire le parole “*di cui ai commi 2 e 3*” con le parole “*di cui al comma 2*”;
- al comma 4, secondo periodo, va chiuso tra virgole il periodo incidentale che inizia con “*che per fondati motivi?*” e le parole “*è autorizzato*” vanno sostituite con “*, può*”.

ARTICOLO 87 (CERTIFICAZIONE DELLE QUALITÀ AMBIENTALI)

L’art. 87 recepisce l’art. 64 della direttiva 2014/24/UE (nonché le analoghe disposizioni delle direttive *utilities* e concessioni) e indica le modalità attraverso le quali il concorrente può dimostrare alla stazione appaltante la propria conformità alle pertinenti norme in tema di certificazione della qualità ambientale.

La rubrica dell’articolo dovrebbe essere riformulata come segue: “*Certificazione delle qualità*”, poiché l’ambito disciplinato è più ampio, rispetto alla sola certificazione ambientale. In alternativa si potrebbe riprendere la *rubrica legis* della disposizione euro unitaria di riferimento (dir. 2014/24/UE, art. 62).

Per ragioni sistematiche, nell’intero art. 87 si suggerisce di modificare il riferimento alle “*amministrazioni aggiudicatrici*” con quello – più ampio – di “*stazioni appaltanti*”.

Sotto il profilo formale:

- al comma 2, terzo periodo, le parole “*motivi non imputabili agli stessi operatori economici*” vanno sostituite con “*motivi loro non imputabili*”.

- al comma 2, terzo periodo le parole “*a condizione che*” vanno sostituite con “*purché*”.

ARTICOLO 88 (REGISTRO ON LINE DEI CERTIFICATI E-CERTIS)

Nell’art. 88, sotto il profilo formale:

- al comma 1 va corretto il refuso “*regiadi*”;
- al comma 2 va corretto il refuso “*erichiedonoin*”;
- al comma 2, le parole “*ricorrono a*” vanno sostituite con “*utilizzano*”.

ARTICOLO 89 (AVVALIMENTO)

L’art. 89 recepisce l’art. 63 della direttiva 2014/24/UE (e le analoghe disposizioni delle direttive *utilities* e concessioni), nonché il criterio \approx della legge di delega.

Esso individua le modalità con cui un concorrente può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di ordine oggettivo facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti.

In premessa si osserva che non sono riprodotte, correttamente, alcune limitazioni contenute nel previgente art. 49 d.lgs. n. 163/2006, che apparivano in contrasto con la disciplina comunitaria, in particolare il divieto di avvalimento plurimo e frazionato e i limiti all’avvalimento interno ai raggruppamenti temporanei di impresa.

In linea preliminare, sotto il profilo lessicale, si suggerisce di non modificare l’espressione tradizionalmente utilizzata dal legislatore nazionale, incentrato sul vocabolo “avvalersi”.

Le parole “fare affidamento” (benché utilizzate nelle direttive in recepimento, per effetto di una opinabile traduzione delle formule “*to rely*” e “*fair recours*”, assumerebbero, nel linguaggio giuridico del nostro ordinamento, un significato ambiguo, ricollegabile all’idea della aspettativa e non a quella dell’obbligo giuridico.

Potrebbe essere utile esplicitare (conformemente, del resto, alla consolidata giurisprudenza) che l’avvalimento non può avere ad oggetto il possesso dei requisiti di carattere generale (attualmente previsti dall’art. 80 del codice): dalla disposizione attuale si comprende solo per ragionamento *a contrario*.

Ancora, si dovrebbe esplicitare, conformemente al criterio di delega \approx), che l’avvalimento non può avere ad oggetto la qualificazione.

Pertanto, dopo le parole: *“per partecipare ad una procedura di gara”* occorre aggiungere le seguenti: *“e in ogni caso con esclusione dei requisiti di cui all’articolo 80, nonché dei requisiti di qualificazione di cui all’articolo 84”*.

Ancora al comma 1 dovrebbe essere chiarito se il possesso da parte dell’ausiliaria dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 80 (già: art. 38 del previgente codice) debba essere dichiarato dal concorrente ausiliato (come sembrerebbe di comprendere dal comma 1, ultimo periodo) ovvero dall’impresa ausiliaria/avvalsa (come già previsto dal d.lgs. 163 del 2006, art. 49, comma 2, lett. c)), con quel che ne consegue in ordine alla escludibilità o meno dalla gara del concorrente ausiliato, in caso di erronea o non veritiera dichiarazione da parte di questi sui requisiti dell’ausiliario.

Appare inoltre necessario riprodurre la previsione di cui al d.lgs. 163 del 2006, art. 49, comma 2, lett. f), che impone(va) al concorrente ausiliato di produrre, in sede di domanda di partecipazione, l’originale o la copia autenticata del contratto di avvalimento.

Infatti la lett. *zz)* della legge di delega impone un contenuto minimo necessario del contratto di avvalimento (che dovrà indicare *“le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l’oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l’effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell’impresa ausiliaria nonché circa l’effettivo impiego delle risorse medesime nell’esecuzione dell’appalto”*).

E una siffatta verifica si renderà evidentemente possibile solo se sarà reso concretamente disponibile il contratto di avvalimento.

Pertanto occorre stabilire (ad esempio, dopo il comma 5) che *“il concorrente ha l’obbligo di allegare alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto”*.

Valuterà, ancora, il Governo se sia opportuno introdurre (oltre alla responsabilità solidale dell’impresa ausiliaria per le prestazioni oggetto del contratto) anche l’obbligo di imporre all’ausiliaria stessa la prestazione di apposita garanzia, al pari del concorrente ausiliato (si tratta peraltro di un obbligo che sembrerebbe implicitamente desumibile dalla formulazione del comma 5 dell’art. 89).

In tal caso, dopo il comma 5, occorrerebbe aggiungere il seguente: “*In sede di domanda di partecipazione l’impresa ausiliaria deve presentare una garanzia fideiussoria di natura accessoria ai sensi del comma 1 dell’articolo 93, di importo commisurato all’oggetto del contratto che la lega al concorrente, nonché l’impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia per l’esecuzione del contratto ai sensi dell’articolo 103*”

Ed ancora, valuterà il Governo se sia opportuno introdurre un divieto per i Consorzi di operare come imprese ausiliarie, in considerazione del sistema di qualificazione particolarmente favorevole che ad essi è stato sinora destinato e del rischio che i Consorzi stessi possano operare come ‘prestatori seriali’ dei requisiti di qualificazione, con potenziali effetti distorsivi della concorrenza.

Sotto il profilo formale:

- al comma 1, è errato il rinvio all’art. 81 comma 11 non esistendo un comma 11 nell’art. 81, Il rinvio corretto è all’art. 80, comma 12, che prevede le sanzioni per dichiarazioni mendaci; pertanto nel comma 1 sostituire le parole “*dell’articolo 81, comma 11*” con le parole “*dell’articolo 80, comma 12*”;
- al comma 7, le parole “*e che*” vanno sostituite con “*ovvero che*”;
- al comma 11, primo periodo, per rendere il testo più intellegibile, le parole “*Non è ammesso l’avalimento*” devono costituire il suo *incipit*;
- al comma 11, secondo periodo, le parole “*delle condizioni*” vanno sostituite con “*dei presupposti*”.

ARTICOLO 90 (ELENCHI UFFICIALI DI OPERATORI ECONOMICI RICONOSCIUTI E CERTIFICAZIONI)

L’art. 90 recepisce l’art. 64 della direttiva 2014/24/UE (nonché le analoghe disposizioni delle direttive *utilities* e concessioni) e indica le modalità con cui le stazioni appaltanti possono procedere alle acquisizioni di proprio interesse, utilizzando elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti o il contenuto di particolari certificazioni.

Al comma 3 (che disciplina l’ipotesi di iscrizione negli elenchi da parte di operatori facenti parte di un raggruppamento) risulta improprio il riferimento alle “*condizioni contrattuali dell’avalimento*”.

Il comma 4 sembra redatto sul presupposto che l’iscrizione di un

operatore economico in un elenco ufficiale debba essere certificata dall'ANAC. Tuttavia, la disposizione non chiarisce i presupposti, le condizioni e le modalità di tale certificazione.

Al comma 5, per ragioni di chiarezza e coerenza normativa il riferimento a *“qualsiasi altro mezzo di prova”* può essere al più sostituito con quello a *“qualsiasi mezzo di prova”*.

Al comma 6 il riferimento *“agli operatori economici stabiliti nello Stato membro che detiene l'elenco ufficiale”* va sostituito con quello *“agli operatori economici stabiliti sul territorio nazionale”*.

Per quanto riguarda l'iscrizione di operatori economici di altri Stati membri negli elenchi ufficiali tenuti da amministrazioni nazionali, risulta necessario un migliore coordinamento fra:

- (da un lato) il comma 7, secondo periodo (che sembra ammettere/imporre tale iscrizione anche per gli operatori stabiliti in altri Stati membri) e
- (dall'altro) il comma 8 il quale (conformemente alla dir. 2014/24/UE, art. 64, par. 7) sembra escludere un obbligo in tal senso.

Sotto il profilo formale:

- al comma 3, le parole *“la proprietà degli stessi”* vanno sostituite con *“chi ne sia proprietario”*;
- al comma 5, dopo le parole *“dalla certificazione”* e le parole *“comma 4”*, vanno apposte due virgole;
- quanto al comma 6, si segnala il refuso *“4 e del presente articolo”*;
- al comma 7, primo periodo, le parole *“sono conformi”* vanno sostituite con *“devono risultare”*;
- al comma 7, secondo periodo, le parole *“la certificazione dei medesimi”* vanno sostituite con *“la loro certificazione”*;
- al comma 7, ultimo periodo, le parole *“ragionevolmente breve”* vanno sostituite da *“ragionevole”*.

ARTICOLO 93 (GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA)

L'art. 93, nel riprendere con alcune modificazioni le previsioni di cui all'art. 75 del previgente codice, individua le garanzie che il concorrente deve prestare in relazione al rischio della mancata stipula del contratto e, in seguito, della sua non corretta esecuzione.

Non risulta che sia stato adeguatamente recepito il criterio direttivo della lett. qq), che postula, invece, *il riassetto, la revisione e la semplificazione (inter alia)* dei sistemi di garanzia per l'aggiudicazione, anche al fine *“di*

renderli proporzionati e adeguati alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso”.

La pura e semplice riproposizione di un modello ‘rigido’ (quale quello del codice previgente) il quale fissava comunque nella misura del 2 per cento l’ammontare della cauzione provvisoria non risulta coerente con gli obiettivi di funzionalizzazione sottesi alla formulazione della delega.

A tal fine, al comma 1, dopo il primo periodo si potrebbe introdurre il seguente: *“Al fine di rendere l’importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l’importo della cauzione sino all’1 per cento ovvero incrementarlo sino al 4 per cento”.*

Si osserva poi che l’emanazione del codice potrebbe costituire l’occasione per chiarire due questioni in tema di garanzie provvisorie e definitive:

- in primo luogo si potrebbe chiarire (in senso conforme a un orientamento del tutto prevalente) che, in caso di partecipazione alla gara di un R.T.I., la garanzia debba essere ‘intestata’ a tutte le imprese raggruppate (in tal senso: Cons. St., ad. plen. n. 8 del 2005);

- in secondo luogo (e in relazione al comma 7) si dovrebbe chiarire, per il caso di partecipazione alla gara di un R.T.I. nel cui ambito *solo una* delle imprese raggruppate posseda i requisiti per il c.d. ‘dimezzamento della cauzione’, se tale circostanza possa o meno avvantaggiare anche gli altri membri del raggruppamento (consentendo tale dimezzamento). Si segnala al riguardo che l’AVCP, con deliberazione del 29 marzo 2007, aveva ammesso per taluni casi tale possibilità.

Sotto il profilo formale:

- al comma 1 dell’art. 93 (così come anche all’art. 103, comma 1), vanno soppresse le parole *“di natura accessoria,”*, in quanto non giustificate dalla disciplina delle garanzie, che vanno annoverate tra i contratti autonomi di garanzia, con clausola a prima richiesta e senza possibilità di opporre eccezioni;

- al comma 5, la parola *”validità”* va sostituita con *“efficacia”*;

- al comma 6, va eliminata la virgola dopo la parola *“affidatario”*;

- il comma 7 è di difficile lettura, comprendendo sei periodi sintattici, ognuno molto lungo e articolato in sub-periodi;

- al comma 7 terzo periodo eliminare il refuso *“50per”*;

- al comma 7 quarto periodo eliminare il refuso *“15per”*;

- al comma 7, quinto periodo, le parole *“dei benefici”* vanno sostituite con *“delle riduzioni”*, e va eliminata la virgola prima di *“e lo documenta”*;

- al comma 7, sesto periodo, va inserita la parola “*della*” prima di “*attestazione del modello organizzativo*”;
- al comma 9, la parola “*validità*” va sostituita con “*efficacia*”.

ARTICOLO 94 (PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI SELEZIONE)

Nell’art. 94 , comma 2, va chiarito che la decisione di non aggiudicare l’appalto all’offerta che non soddisfa i requisiti ambientali non è una facoltà *ex post* mera della stazione appaltante all’esito della selezione, ma va stabilita preventivamente nei documenti di gara.

Sul piano formale, si rileva che nel comma 1, lett. a), è erroneo il rinvio all’art. 116, comma 13, comma inesistente. Da un confronto con la direttiva 24, il cui art. 56 *in parte qua* rinvia all’art. 45, relativo alle varianti in sede di offerta, sembra desumersi che il corretto rinvio sia all’art. 95, comma 14.

Previa verifica che questo sia stato l’intento, sostituire le parole “*116, comma 13*” con le parole “*95, comma 14*”.

ARTICOLO 95 (CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELL’APPALTO)

L’art. 95 ha un rilievo centrale nella individuazione delle nuove regole applicabili in materia di aggiudicazione degli appalti, in funzione delle innovazioni introdotte dalle direttive del 2014 e delle scelte compiute dal legislatore nazionale.

Sarebbe opportuna, pertanto, una maggiore chiarezza nella formulazione degli enunciati normativi.

Lo sforzo di precisione del legislatore delegato dovrebbe riguardare sia l’indicazione puntuale dei diversi criteri previsti dalla norma, sia l’enunciazione esplicita del rapporto tra la regola e le sue eccezioni.

L’articolo, in coerente attuazione delle direttive europee, attribuisce alla formula “offerta economicamente più vantaggiosa” un significato profondamente diverso (e più ampio, poiché comprende, ora, anche i criteri basati sul prezzo più basso, oltre a quelli incentrati sul rapporto tra qualità e prezzo) rispetto a quello affermatosi nel sistema precedente (quando tale criterio riguardava esclusivamente criteri incentrati sulla valutazione qualitativa dell’offerta).

Lo schema del codice non sempre è coerente con questa fondamentale innovazione e spesso utilizza la formula attribuendole, implicitamente, il “vecchio” significato.

Pertanto, è opportuno riesaminare analiticamente tutti i rinvii compiuti alla espressione in esame.

Si rimette, poi, alla discrezionalità del legislatore delegato l'opportunità di inserire, tra le definizioni di cui all'art. 3 anche quelle riguardanti i criteri di aggiudicazione (comprehensive delle nozioni di offerta economicamente più vantaggiosa), che potrebbero agevolare l'interpretazione delle disposizioni in materia.

Con particolare riguardo al rapporto tra la regola e le eccezioni in ordine alla scelta dei criteri di aggiudicazione, è opportuno che sia più netta l'opzione prescelta, con un preciso coordinamento tra i commi 3 e 5. E' preferibile una enunciazione del seguente tenore:

“Gli appalti sono aggiudicati esclusivamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo soltanto nei seguenti casi: a)....b)....ecc.)”.

In tale prospettiva, se l'intenzione del legislatore delegato è effettivamente quella di affermare l'eccezionalità del criterio del minor prezzo, il comma 4 andrebbe riformulato, stabilendo l'obbligo della motivazione specifica nei soli casi in cui la stazione appaltante, in presenza dei necessari presupposti, opti per il criterio del minor prezzo.

In relazione al **comma 3, lett. b)**, si osserva quanto segue.

La delega vieta l'utilizzo del criterio del prezzo più basso nell'affidamento di servizi afferenti all'ingegneria e all'architettura e dei servizi di natura tecnica (art. 1, comma 1, lett. oo): *“esclusione (...) con riferimento all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e di tutti i servizi di natura tecnica, del ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta”.*

In esecuzione di tale criterio, l'art. 95, comma 3, del codice dispone che *“sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: (...) b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, di importo superiore a 40.000 euro”* (art. 95, comma 2, lett. b).

L'introduzione di una soglia (40.000 euro) sotto la quale è possibile non seguire il criterio dell'OEPV sembra conforme a una interpretazione sistematica della delega, che richiede una semplificazione negli

affidamenti di minor importo, ed è giustificata dal carattere minimale dell'importo dell'affidamento, rispetto al quale il criterio dell'OEPV, per la sua complessità, potrebbe essere oggettivamente sproporzionato.

Tuttavia, nell'art. 95, comma 2, lett. b), occorre inserire, accanto ai servizi afferenti all'ingegneria e all'architettura, anche "*gli altri servizi di natura tecnica*".

Si segnala che né le direttive, né la legge delega, né il delegato esplicitano il criterio di aggiudicazione nel caso dei concorsi di progettazione, ma va da sé che la natura della prestazione richiesta, e la stessa previsione espressa della nomina di una commissione di gara (art. 155, commissione per la cui costituzione non sembra previsto dal codice il ricorso all'albo dei commissari di gara tenuto dall'ANAC) sembrano esigere l'utilizzo esclusivo del criterio dell'OEPV, sulla base di una interpretazione logica e sistematica.

In relazione al **comma 4**, il riferimento alla "*adeguata motivazione*" non risulta pertinente, dal momento che il criterio applicato è obbligatorio.

In relazione al **comma 6, lettera a)** valuterà il Governo se sia congruo aver contemplato il c.d. 'rating di legalità' fra gli elementi che contribuiscono a comporre il criterio dell'OEPV.

Infatti, si tratta di un elemento che attiene alla sfera soggettiva dell'impresa (la cui valenza è limitata all'ammissione alla gara), sicché non sembra che lo stesso possa essere utilizzato anche ai fini valutativi.

Al **comma 12**, la previsione secondo cui la stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto risulta espressa in modo eccessivamente generico. E' opportuno prevedere che l'esercizio di tale potere sia contemplato da specifiche previsioni dei documenti di gara.

Al **comma 13** si segnala l'opportunità di verificare se vi sia corrispondenza tra la previsione e il criterio di delega di cui alla lett. p): il criterio di delega è costruito nel senso di assegnare comunque "un maggiore punteggio" in presenza di un minore impatto sulla salute e sull'ambiente, mentre la norma delegata sembra attribuire un potere di scelta alla singola stazione appaltante. In ogni caso il criterio premiale della tutela della salute deve avere portata generale e non essere circoscritto ai soli lavoratori.

Nel **comma 15**, la disciplina delle varianti in corso d'opera non è correttamente collocata in questo articolo; si è probabilmente collegata questa previsione al precedente comma 14, concernente la diversa

fattispecie delle varianti progettuali in sede di offerta. La previsione in esame, pertanto, deve essere ricollocata nella sede appropriata (art. 149 dello schema).

Sotto il profilo formale:

- al comma 4, le parole “*che aggiudicano*” vanno sostituite con “*dispongono l’aggiudicazione*”;
- il secondo periodo del comma 6 costituisce la ripetizione letterale del comma 11 del medesimo articolo e va pertanto soppresso;
- al comma 6, terzo periodo, “*e/o*” va sostituito con “*o*”;
- al comma 8, va eliminata la virgola dopo “*descrittivo*” e va inserita una virgola dopo “*di essi*”;
- al comma 9, le parole “*ragioni dimostrabili*” vanno sostituite con “*ragioni oggettive*” in conformità alla corrispondente previsione della direttiva 24;
- al comma 15, secondo periodo, prima di “*apposita relazione*” va inserita l’articolo “*una*”, e si possono sopprimere le parole “*per le valutazioni e i provvedimenti di competenza*”.

ARTICOLO 96 (COSTI DEL CICLO DI VITA)

L’art. 96 riporta, in modo pressoché testuale, il contenuto dell’art. 68 della direttiva n. 24/2014.

Va peraltro verificato il coordinamento tra la disposizione in esame e la definizione contenuta alla lett. hhhh) dell’art. 3: emergono notevoli differenze testuali, e non ne risultano evidenti le ragioni.

Sotto il profilo formale:

- al comma 1, lettera b), le parole “*a condizione*” vanno sostituite da “*purché*”; dopo “*inquinanti*”, va apposta una virgola;
- al comma 2, va apposta una virgola dopo “*esternalità ambientali*”.

ARTICOLO 97 (OFFERTE ANORMALMENTE BASSE)

L’art. 97 sostituisce gli artt. 86, 87 e 88 del previgente codice appalti, nonché l’art. 121 del relativo regolamento di esecuzione.

Esso indica le modalità con cui individuare, valutare e – se del caso – escludere dalla gara, le offerte sospettate di anomalia.

Sotto il profilo sostanziale innova la materia in quanto, invece di prevedere criteri predeterminati per valutare le offerte anormalmente basse, dispone che sia necessario un sorteggio per decidere il criterio da utilizzare - fra quelli previsti - per valutare tale circostanza.

L’articolo in esame - nella parte relativa alla necessità di valutare le spiegazioni fornite dagli operatori economici sul prezzo o sui costi

proposti nelle offerte - recepisce l'art. 69 della direttiva n. 24 del 2014.

L'art. 97, inoltre, dà attuazione alla seconda parte del criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, lett. ff) della legge n. 11 del 2016 (nella parte in cui prevede che vanno indicate le “*modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria*”).

Quanto al **comma 1, lettera a)**, si osserva che la disposizione, nel dettare analitici e alternativi criteri di determinazione della soglia di anomalia con riferimento al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, e un solo criterio con riferimento al criterio di aggiudicazione dell'OEPV, non tiene adeguatamente conto del fatto che tale criterio deve essere recessivo e residuale rispetto al criterio (unico) dell'offerta economicamente più vantaggiosa, se del caso attraverso la declinazione dell'elemento del prezzo e del costo (art. 95, comma 2).

Dato che il criterio di delega ff) prevede che l'individuazione delle offerte anormalmente basse debba essere effettuata in modo da non rendere predeterminabili le soglie, valuterà il Governo se sia sufficiente aver previsto *una sola* metodologia (quella di cui al comma 1, lett. b)) per il caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (più correttamente da intendere come criterio del miglior rapporto qualità/prezzo).

Valuterà il Governo se il principio di immodificabilità della soglia di anomalia per effetto di pronunce giurisdizionali (attualmente contenuto all'art. 83, comma 9 dello schema di decreto) debba piuttosto essere incluso nell'ambito dell'articolo in esame.

Nel **comma 2, lett. g)** si chiarisce che formano oggetto di valutazione ai fini del giudizio di anomalia gli oneri di sicurezza aziendale qualora incongrui. Si stabilisce in tal modo, superandosi le decisioni dell'adunanza plenaria nn. 3 e 9 del 2015, che non è necessario indicare tali oneri in sede di presentazione della domanda a pena di esclusione.

Peraltro il riferimento agli “*oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 9 incongrui (...)*” è erraneo. Il riferimento corretto è al successivo comma 10.

Al comma 3 si suggerisce di ribadire la previsione di cui agli artt. 86 e 87 del previgente codice secondo cui le giustificazioni non possono riguardare il rispetto di trattamenti salariali minimi o il rispetto della normativa in tema di salute e sicurezza sul lavoro.

A tal fine occorrerebbe riproporre disposizioni dal contenuto del tutto analogo a quello di cui agli artt. 86, comma 3-*bis* e 87, commi 3 e 4 del previgente codice.

Per quanto riguarda l'individuazione delle offerte da assoggettare a verifica di anomalia, si propone di reintrodurre una previsione di tenore simile a quella di cui al comma 3 dell'art. 86 del previgente codice, secondo cui *“In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

Si suggerisce di re-introdurre le previsioni di cui all'art. 88 del previgente codice le quali recavano una procedimentalizzazione dell'*iter* finalizzato alla verifica dell'anomalia (in tal modo recando certezza e prevedibilità nei comportamenti delle amministrazioni). In assenza di una siffatta predeterminazione, le modalità concrete di verifica dell'anomalia risulterebbero incerte e prive di un parametro normativo uniforme.

Valuterà il Governo se sia opportuno re-introdurre una previsione (simile a quella di cui all'art. 125, comma 8 del previgente codice) in base alla quale negli appalti di servizi e forniture sotto-soglia può essere disposta l'esclusione automatica delle offerte anomale (una disposizione di contenuto simile attualmente riguarda gli appalti di lavori di importo inferiore a un milione di euro per il caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso – art. 122, comma 9 – del codice vigente).

Vanno infatti conseguiti gli obiettivi di semplificazione richiamati dalla legge di delega e va evitato che, attraverso la mancata esclusione automatica delle offerte anomale, si determini un artificioso incremento della media dei ribassi.

Sotto il profilo formale:

- al comma 1, lett. a), nn. 1, 2, 3, 4 e 5, le parole *“la congruità delle offerte è valutata sulle offerte”* possono essere sostituite con *“la congruità delle offerte è valutata su quelle”*.
- al comma 2, lett. g), va apposta una virgola dopo *“comma 9”*;
- al comma 4, primo periodo, le parole *“appaltante che accerta”* vanno sostituite con *“appaltante, qualora accerti”* e va apposta una virgola dopo *“aiuti di Stato”*; vanno inoltre soppresse le parole *“in questione”*;
- al comma 4, secondo periodo, le parole *“Qualora la stazione appaltante escluda”* vanno sostituite con *“La stazione appaltante, qualora escluda”*; le parole *“provvede a informare”* vanno sostituite con *“informa”*.

ARTICOLO 98 (AVVISI RELATIVI AGLI APPALTI AGGIUDICATI)

L'art. 98 sostituisce l'art. 225 del previgente codice e indica il contenuto degli avvisi che la stazione appaltante deve rendere pubblici a seguito dell'aggiudicazione.

La disposizione innova la previgente disciplina riducendo il termine entro il quale inviare l'avviso relativo all'aggiudicazione dell'appalto, che passa da 2 mesi a 30 giorni.

L'articolo recepisce puntualmente la disciplina di cui all'art. 50 della direttiva n. 24 del 2014.

Nel prendere atto che la disposizione in esame recepisce in modo pressoché puntuale la disposizione eurounitaria di riferimento, si segnala che risulta necessario operare un adeguato raccordo fra:

- (da un lato) le disposizioni in tema di accesso agli atti di gara, ivi compreso quello relativo al contenuto offerta risultata vincitrice (art. 53 del codice) e
- (dall'altro) le disposizioni in tema di avvisi relativi agli appalti aggiudicati (art. 98 del codice).

Sotto il profilo formale:

- al comma 2, si possono sopprimere le parole "*per l'appalto in questione*";
- al comma 4, va apposta una virgola dopo "*europa*"; e la parola "*detti*" va sostituita con "*gli*".

ARTICOLO 99 (RELAZIONI UNICHE SULLE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI)

Nell'art. 99 si evidenzia la necessità di precisare, in modo più corretto, che la disciplina riguarda i contratti di importo "*pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35*".

Si segnala l'esigenza di controllare l'esattezza della formula "*superiore a*", utilizzata in molte altre disposizioni del codice (per esempio, 95, comma 2, 102, comma 7, 103 comma 8, 104, 105, comma 6, 177).

Il comma 4, in puntuale recepimento dell'art. 84, direttiva 24, fissa la durata della conservazione della documentazione di gara, in "*almeno tre anni*" in conformità a quanto prescritto dalla citata direttiva.

Tuttavia, tale termine andrebbe, nell'ordinamento italiano, coordinato con quanto prescrivono gli artt. 8 e 9, d.lgs. n. 33/2013, in corso di modifica. Per la pubblicità online si prevede una durata quinquennale,

e allo stato si prevede che dopo tale termine gli atti sono comunque accessibili in archivio. Alcune modifiche a tali disposizioni sono in corso di adozione (v. parere Cons. St., sez. affari normativi, 18 febbraio 2016 n. 515).

Occorre anche considerare che un periodo di conservazione di tre anni potrebbe essere inadeguato in relazione a esigenze di accertamento probatorio in processi amministrativi, contabili, penali, risarcitori in sede civile.

Andrebbe valutato un termine congruo comunque non inferiore ai termini fissati dal d.lgs. n. 33/2013.

Sotto il profilo formale:

- al comma 1, lett. d), va inserita una virgola dopo “*sua offerta*”;
- al comma 1, lett. e) ed f), le parole “*giustificano il ricorso a tali procedure*” vanno sostituite con “*giustificano l'utilizzazione di tali procedure*”;
- al comma 4, vanno soppresse le parole “*A tale scopo*”.

TITOLO V - ESECUZIONE

Un rilievo generale riguarda la scelta compiuta dal Governo di “legificare” numerose disposizioni finora contenute nel regolamento di esecuzione n. 207/2010.

Evidentemente, una volta compiuta la scelta di concentrare in un'unica fonte normativa la disciplina del contratto, eliminando il livello regolamentare, si è avvertita la necessità di conservare comunque numerose disposizioni, elevate, però, al livello legislativo.

Questa scelta, tuttavia, non si è accompagnata ad una significativa semplificazione delle regole in materia di esecuzione, che restano caratterizzate da un eccessivo livello di dettaglio e, spesso, da un linguaggio di taglio burocratico.

Valuterà il Governo se alleggerire e riformulare il testo, eliminando le parti superflue e ricollocando alcune disposizioni in fonti più adeguate.

Sotto altro profilo, alcune delle disposizioni del Titolo V riprendono, pedissequamente, il testo delle direttive oggetto di recepimento, senza adeguarlo agli istituti propri del nostro ordinamento nazionale.

Si consideri, per esempio, l'imprecisa rubrica dell'art. 106, che fa riferimento alla “*modifica di contratti durante il periodo di validità*”: la dizione riprende testualmente la formula della direttiva tradotta in italiano, senza considerare che la locuzione “validità” ha un significato tecnico ben

preciso e sarebbe più corretto il riferimento al periodo di efficacia o di esecuzione. Del resto, le direttive, nei testi in inglese e francese non parlano di validità, ma di contratti “*during their terms*” o “*en cours*”.

Si raccomanda di verificare la corretta e piena attuazione di tutti i criteri contenuti nella delega afferenti alla fase di esecuzione dei contratti pubblici. In questo senso, non risulta sviluppato il criterio di cui alla lett. q), n. 4), riguardante l'imposizione alle imprese aggiudicatrici di appalti pubblici dell'utilizzo di conti dedicati, attraverso cui regolare tutti i flussi finanziari dei pagamenti verso tutti i prestatori di d'opera e di lavoro e verso tutte le imprese che entrano a vario titolo in rapporto con l'impresa aggiudicataria”.

Un indiretto (ma non adeguato) riferimento al monitoraggio dei flussi finanziari è compiuto solo nella disciplina del contraente generale.

ARTICOLO 100 (CONDIZIONI DI ESECUZIONE DELL'APPALTO)

L'art. 100 contempla la possibilità per la stazione appaltante di prevedere particolari condizioni per l'esecuzione dell'appalto e il suo contenuto precettivo è sostanzialmente analogo a quello di cui all'art. 69 del previgente codice appalti.

L'articolo in esame recepisce la disciplina di cui all'art. 70 della direttiva n. 24 del 2014, ed è in linea con i criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 1, lett. p) e ddd) della legge n. 11 del 2016.

Risulta poco chiara la frase (“*le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto nei modi che possono comprendere anche considerazioni economiche legate ...*”); la formulazione previgente risulta più corretta sotto il profilo linguistico.

Va dunque riformulata la disposizione, in modo che sia più chiaro il suo contenuto dispositivo.

In ogni caso, si deve chiarire che la previsione di particolari modalità esecutive deve essere correttamente indicata nei documenti di gara, per consentire agli operatori economici di calibrare le proprie offerte.

Sotto questo aspetto va riconsiderata la corretta collocazione della disposizione in esame, che, pur menzionando l'esecuzione del contratto, riguarda, più propriamente, il contenuto delle prestazioni oggetto della gara.

Dovrebbe essere chiarito, inoltre, che le condizioni di esecuzione devono pur sempre essere collegate all'oggetto principale delle prestazioni.

Sotto il profilo formale:

nella rubrica dell'articolo, si fa riferimento alle "Condizioni di". E' preferibile utilizzare l'espressione "Requisiti per l'". Se modifica in tal senso la rubrica, occorre modificare anche il comma 1.

ARTICOLO 101 (SOGGETTI DELLE STAZIONI APPALTANTI)

L'art. 101 riordina la disciplina dei vari soggetti delle stazioni appaltanti coinvolti nella fase di esecuzione (responsabile unico del procedimento, direttore dei lavori, direttore dell'esecuzione), raggruppando in un unico articolo le varie disposizioni in materia contenute nelle diverse parti del previgente codice e del regolamento di esecuzione (ad esempio artt. 10, 119, 130 e 131 del previgente codice).

Si segnala che il comma 3 dell'art. 101 è in buona parte ripetuto nell'art. 111 comma 1, e che il comma 3 dell'art. 111, relativo ai compiti del direttore dell'esecuzione del contratto di servizi o forniture, andrebbe collocato nell'art. 101. In ogni caso i due articoli vanno coordinati e potrebbero essere accorpati.

Sotto il profilo formale:

- al comma 1, nel primo periodo, dopo le parole "*responsabile unico del procedimento*" e, nel secondo periodo, dopo "2008" vanno apposte virgole;
- al comma 1, primo periodo, l'espressione "*che assicura il controllo sui livelli*" può essere sostituita con "*che controlla i livelli*";
- al comma 2, va apposta una virgola dopo "*a lavori*" e va inserito "*da*" prima di "*ispettori*";
- al comma 3, lett. c), si possono sostituire le parole "*della disposizione di cui all'articolo*" con "*dell'articolo*", non contenendo l'art. 105 un'unica disposizione;
- al comma 3, lett. d), la parola "*provvisto*" si può sostituire con "*in possesso*" e si possono sopprimere le parole "*dalla normativa stessa*";
- al comma 4, primo periodo, prima di "*lavorazioni*" va inserito "*le*".

ARTICOLO 102 (CONTROLLI SULL'ESECUZIONE E COLLAUDO)

L'art. 102 reca la disciplina del collaudo delle opere e sostituisce quella recata dall'art. 141 del previgente codice.

L'articolato risulta conforme ai criteri direttivi recati dall'art. 1, comma 1, lett. *ll*) (nella parte citata al precedente articolo), *mm*) (nella parte in cui istituisce, con la previsione di cui al comma 8, l'albo "*nazionale*

obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale”) e nn) (relativo alla “revisione della disciplina di affidamento degli incarichi di collaudo a dipendenti appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione e in trattamento di quiescenza”, introdotta dai commi 6 e 7 dell’articolo).

Il comma 1, relativo genericamente all’esecuzione del contratto, è del tutto superfluo e ripetitivo rispetto al precedente art. 101. Va espunto.

Il titolo dell’articolo (controlli sull’esecuzione e collaudo) non corrisponde al suo contenuto che riguarda solo il collaudo, perciò va opportunamente sostituito.

Nel comma 3 il rinvio all’art. 100 comma 2 è errato, va indicata la disposizione a cui si intende fare rinvio.

Nel comma 6 sono errati sia il rinvio all’art. 23 comma 10 che all’art. 31, comma 9.

Nel comma 7, sia nella lett. a) che nella lett. b) le parole “di importo superiore” vanno sostituite con “di importo pari o superiore”.

Il comma 8 dell’art. 102 riguarda solo il contraente generale e va spostato nella parte relativa al contraente generale.

Sotto il profilo formale:

- al comma 2, le parole “*condizioni offerte*” possono essere sostituite da “*pattuzioni concordate*”;
- al comma 3, secondo periodo le parole “*dall’emissione del medesimo*” vanno sostituite con “*dalla sua emissione*”; al terzo periodo la parola “*intervenuto*” va sostituito con “*stato emesso*”;
- al comma 6, primo periodo, vanno apposte le pertinenti virgole per delimitare le frasi incidentali.

ARTICOLO 103 (GARANZIE PER L’ESECUZIONE)

L’art. 103 sostituisce l’art. 113 del previgente codice appalti, lasciando invariata l’entità della garanzia fideiussoria e senza innovare la disciplina sotto il profilo sostanziale.

Sotto questo profilo (benché, ad un primo esame, le finalità di semplificazione della disciplina non sembrano del tutto realizzate in relazione alla complessità della disposizione *de qua*) l’articolo risponde al criterio direttivo di cui all’art. 1, comma 1, lett. *qq*) della legge delega, ed in particolare al primo periodo di tale criterio, nella parte in cui prevede che il decreto in esame debba prevedere il “*riassetto, la revisione e la semplificazione dei sistemi di garanzia per l’aggiudicazione e l’esecuzione degli*

appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di renderli proporzionati e adeguati alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, nonché al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione dei lavori nei costi, nei tempi e nei modi programmati anche in caso di fatti imprevisi ed imprevedibili e non imputabili alla stazione appaltante, e assicurando comunque l'entrata in vigore della nuova disciplina contestualmente a strumenti attuativi preventivamente concordati con gli istituti bancari e assicurativi che devono assumersi i rischi d'impresa").

E' opportuna una maggiore chiarezza e precisione della terminologia, utilizzando indistintamente le formule "cauzione" e "garanzia fideiussoria", senza precisarne il significato.

Sotto il profilo sistematico, si prende atto della circostanza che la disposizione in esame accorpa, in unico contesto, diversi articoli del vigente codice e del vigente regolamento n. 207/2010. Tanto la legificazione di norme regolamentari, quanto la creazione di lunghi articoli non è coerente con il principio di semplificazione normativa previsto dalla legge delega e rende difficile la lettura per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici.

Valuterà il Governo se sia opportuno re-introdurre la dimidiazione dell'importo della cauzione definitiva in presenza della certificazione di qualità aziendale (si tratta di riduzione che il previgente codice riferiva sia alla cauzione provvisoria che a quella definitiva, mentre l'articolato in esame riferisce al solo caso della cauzione provvisoria).

Con riguardo al procedimento di approvazione degli schemi di polizza-tipo previsto dal comma 9 si suggerisce di chiarire:

- a) quali siano i soggetti del previo accordo sui contenuti degli schemi (imprese bancarie e assicurative; operatori economici nel settore dei lavori);
- b) quali soggetti pubblici partecipino al procedimento (ANAC, Banca d'Italia, IVASS);
- c) quale livello di coinvolgimento debba esser attribuito al MEF, in considerazione dell'incidenza sul settore bancario e finanziario.

In ogni caso sembra opportuno che i soggetti privati siano sentiti, ma non siano parti di un accordo prodromico a un decreto ministeriale.

Sotto il profilo formale:

- al comma 1 ed al comma 6, come segnalato a proposito dell'art. 93, vanno soppresse le parole "di natura accessoria";
- a comma 1 terzo periodo (incipit ove il ribasso sia superiore), la parola "dieci" è erronea e va sostituita con la parola "venti";

- al comma 6 le parole “*medesima rate*” vanno sostituite con “*medesima rata*”:
- i commi 4 e 9 sono sostanzialmente ripetitivi di quanto previsto dall’art. 93, commi 3 e 4, sicché si può formulare un rinvio, opportunamente modulato, a quell’articolo.

ARTICOLO 104 (GARANZIE PER L’ESECUZIONE DI LAVORI DI PARTICOLARE VALORE)

L’art. 104 detta una specifica disciplina delle garanzie per gli affidamenti a un contraente generale e per gli appalti di lavori di valore superiore a cento milioni di euro.

La sua *ratio* è quello di sostituire la precedente disciplina della garanzia globale dell’esecuzione.

Anche in questo articolo, si dà attuazione al criterio di cui alla lett. qq) della legge delega, riguardante il “*riassetto, revisione e semplificazione dei sistemi di garanzia per l’aggiudicazione e l’esecuzione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di renderli proporzionati e adeguati alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, nonché al fine di salvaguardare l’interesse pubblico alla conclusione dei lavori nei costi, nei tempi e nei modi programmati anche in caso di fatti imprevisti ed imprevedibili e non imputabili alla stazione appaltante, e assicurando comunque l’entrata in vigore della nuova disciplina contestualmente a strumenti attuativi preventivamente concordati con gli istituti bancari e assicurativi che devono assumersi i rischi d’impresa*”.

La particolare rilevanza della disciplina è confermata dalla previsione dell’art. 1, comma 11, della legge di delega, secondo cui “*A decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di riordino sono abrogate le disposizioni in materia di garanzia globale di cui agli articoli 129, comma 3, e 176, comma 18, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni. Dalla data di entrata in vigore della presente legge e fino alla data di entrata in vigore del decreto di riordino, è sospesa l’applicazione delle disposizioni di cui ai predetti articoli 129, comma 3, e 176, comma 18; agli affidamenti ai quali sarebbero stati applicabili, nel periodo considerato, i citati articoli 129, comma 3, e 176, comma 18, non si applicano le disposizioni di cui all’articolo 113, comma 3, del predetto codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, e successive modificazioni.*”

Sotto il profilo sistematico, si rileva il mancato coordinamento tra l’art. 103 e l’art. 104, che determina numerose interferenze e sovrapposizioni.

Il contenuto dell'art. 104, infatti, si risolve nella previsione – per particolari contratti - di alcune specifiche deroghe alla disciplina generale della garanzia per esecuzione di cui all'art. 103 e nella previsione di una ulteriore particolare forma di garanzia per la risoluzione del contratto. Per agevolare la lettura del testo, sarebbe preferibile indicare puntualmente nell'art. 104 le sole deroghe all'art. 103 (confermando la relativa disciplina generale) e disciplinare con chiarezza la garanzia “extra costi”.

E' opportuno verificare le locuzioni utilizzate, a cominciare dall'espressione “appalti di sola esecuzione”, che non trova riscontro nelle altre previsioni del codice (ma è contemplata dall'art. 53 del vigente codice dei contratti pubblici) E invero, in ossequio alla delega, nel codice l'appalto è di regola di sola esecuzione, non essendo più contemplate le specifiche previgenti figure dell'appalto integrato e dell'appalto - concorso. Si consiglia, comunque, una revisione del testo, eliminando le ripetizioni e le sovrapposizioni (per esempio: comma 1, ultimo periodo e comma 3).

Il testo in esame, infatti, è largamente mutuato dal vigente regolamento n. 207/2010 e dall'allegato H. Valuterà il Governo se alleggerire il testo dell'art. 104, rinviando ad apposito allegato la definizione del dettagli della garanzia (fino all'adozione del provvedimento di cui al comma 12).

Si consiglia, poi, di verificare se va mantenuta l'espressione prescelta (garanzia “extra costi”), che non risulta soddisfacente, considerando l'ampiezza testuale della formula (riferibile, astrattamente, ad ogni costo aggiuntivo sopportato dalla stazione appaltante), ma non coincidente con l'oggetto della garanzia. Sarebbe preferibile un'espressione più semplice e inequivoca, quale “garanzia per la risoluzione”.

Con riguardo al procedimento di approvazione degli schemi di polizza-tipo previsto dal comma 12, si suggerisce di chiarire:

- a) quali siano i soggetti del previo accordo sui contenuti degli schemi (imprese bancarie e assicurative; operatori economici nel settore dei lavori);
- b) quali soggetti pubblici partecipino al procedimento (ANAC, Banca d'Italia, IVASS);
- c) quale livello di coinvolgimento debba esser attribuito al MEF, in considerazione dell'incidenza sul settore bancario e finanziario.

In ogni caso sembra opportuno che i soggetti privati siano sentiti, ma non siano parti di un accordo prodromico a un decreto ministeriale.

In ogni caso, si suggerisce di utilizzare, per l'approvazione dello schema tipo della garanzia, il modello di "regolazione flessibile" costituito dalla determinazione dell'ANAC, in conformità con il generale sistema delle fonti delineato dal codice.

Sotto il profilo formale:

- al comma 7, vanno eliminate le parole "*di natura accessoria*";
- al comma 8, va apposta una virgola dopo "*lavori stessi*";
- al comma 9 la parola "*cessa*", inserita due volte, va sostituita con "*si estingue*".

ARTICOLO 105 (SUBAPPALTO)

L'art. 105 innova la disciplina in materia di subappalto sotto due aspetti particolarmente significativi:

- il previgente codice prevedeva, all'art. 118, il limite del 30 per cento per le "*categorie prevalenti*" mentre la disposizione in esame non pone limiti alla possibilità di subappalto, salvo che per le opere superspecialistiche;
- impone, per una percentuale del valore dell'affidamento, di indicare sin dalla fase di gara una terna di nominativi di (futuri) subappaltatori.

La legge delega, al criterio di cui alla lett. a), prevede il divieto di *gold plating* (ovvero il divieto di introdurre una disciplina più gravosa di quella prevista in sede comunitaria), e alla lett. rrr), in tema di subappalto, non prende posizione sulla questione di eventuali limiti quantitativi al subappalto.

Peraltro nell'AIR il Governo ha giustificato la scelta di maggior rigore, che risponde a valori prevalenti rispetto al divieto di aggravio degli oneri.

In questa stessa prospettiva andrebbe valutato se ripristinare *tout court*, e non solo per le opere superspecialistiche, il (pre)vigente limite del 30% in ordine al subappalto. In tal caso l'AIR dovrebbe indicare con pregnante motivazione le ragioni di ancor più generale interesse pubblico (tutela della trasparenza e del lavoro), poste a base della scelta – ovviamente politica - di estensione dei limiti al subappalto.

Sotto il profilo formale:

- al comma 2, le parole "*è fatto obbligo all'affidatario di comunicare*" vanno sostituite con "*l'affidatario deve*"; E le parole "*è fatto obbligo altresì di comunicare*" vanno sostituite con "*si devono altresì comunicare*";
- al comma 4, primo periodo, possono essere soppresse le parole

“*esclusivamente alle seguenti condizioni*” e, dopo “*appaltante*”, va inserito “, *purché*”, con la conseguente soppressione dei “*che*”, cui cominciano le lettere a), b) e c);

- al comma 5 il rinvio al comma 10 dell'art. 89 è erroneo, il corretto rinvio è al comma 11; pertanto le parole “*89, comma 10*” vanno sostituite con “*89, comma 11*”;

al comma 6 sostituire le parole “*importo superiore*” con “*importo pari o superiore*” che è la corretta dizione quando si fa riferimento alle soglie comunitarie;

- al comma 7, le parole “*provvede al deposito del*” vanno sostituite con “*deposita il*”;

- al comma 8 la parola “*resta*” va sostituita con “*è*”;

- al comma 11, le parole “*provvede all'inoltro delle*” vanno sostituite con “*inoltra le*”.

ARTICOLO 106 (MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITÀ)

L'art. 106 reca la disciplina della modifica dei contratti ancora in essere (e senza necessità di una nuova procedura di affidamento), resasi necessaria in ragione sia di quanto previsto dalle direttive di riferimento sia di quanto statuito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea in *subiecta materia*.

L'articolo in esame contiene una disciplina piuttosto complessa ed eterogenea, che avrebbe richiesto, per una migliore semplificazione, la suddivisione in più articoli, distinguendo la fattispecie delle variazioni progettuali, da quelle concernenti le modifiche inerenti la determinazione del corrispettivo, e da quelle riguardanti la rinnovazione del contratto e la sua durata.

La disciplina recata dai commi da 1 a 5 del presente articolo è conforme (tranne alcuni profili) all'art. 72 della direttiva n. 24 del 2014 e all'art. 89 della direttiva n. 25 del 2014.

L'articolo, inoltre, appare coerente con il criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, lett. *ee*) della legge delega, anche se deve rilevarsi che tale criterio prevede che “*ogni variazione in corso d'opera debba essere (...) debitamente autorizzata dal responsabile unico del procedimento*” e che il presente articolo non fa esplicito riferimento a tale circostanza.

Tuttavia, la volontà del legislatore nel senso di ritenere necessaria l'autorizzazione del RUP può desumersi dalla circostanza che le sanzioni comminate dall'ANAC sono rivolte al suddetto soggetto.

Si evidenzia, poi, la necessità di applicare puntualmente il criterio di delega secondo cui la variante deve essere comunque adeguatamente motivata, anche in relazione al previsto effetto sostitutivo dell'approvazione della variazione rispetto a tutte le autorizzazioni e gli atti di assenso comunque denominati.

Va poi rilevato che l'art. 106 recepisce sia l'art. 72 direttiva 24 che l'art. 89 direttiva 25, che sono parzialmente difformi.

Pertanto, nel comma 1 occorre chiarire l'ambito applicativo, aggiungendo, dopo le parole "*I contratti di appalto*" le parole "*nei settori ordinari e nei settori speciali*".

Nel comma 1, lettera a), dopo le parole "*documenti di gara iniziali*," aggiungere le parole "*in clausole chiare, precise e inequivocabili*". Trattasi di inciso contenuto nel par. 1 sia dell'art. 72, direttiva 24, che dell'art. 89, direttiva 25, e che ha un significato importante in termini di trasparenza e chiarezza.

Sempre nel comma 1, lett. c), essendo fatta una riserva di ulteriore condizione per gli appalti nei settori ordinari, al successivo comma 7, occorre sopprimere il numero 3 della lettera c), che non si applica nei settori speciali, ma solo negli ordinari (per i quali identica previsione è contenuta nel comma 7). Con l'attuale formulazione, la condizione del numero 3) è applicabile pure ai settori speciali in contrasto con l'art. 89 direttiva 25.

Deve, poi, rilevarsi che la disposizione di cui al primo periodo del comma 12 (relativa alla possibilità di rinnovare una sola volta i contratti d'appalto) oltre a sembrare decontestualizzata in quanto inserita nell'ambito di una disposizione concernente le modifiche dei contratti ancora in corso di efficacia, non è coerente con le direttive.

In base al diritto europeo il rinnovo del contratto è consentito solo se rimane immutato il suo contenuto (e ciò perché sin *ab origine*, cioè sin dalla indizione della gara originaria, gli operatori economici devono essere in grado di valutare la convenienza della partecipazione e delle previsioni contrattuali).

In altri termini, se vi è la modifica del contenuto del contratto vi è un nuovo contratto: e ciò comporta la necessità di una specifica gara.

Non si può dunque prevedere che sia modificato il contratto 'rinnovato': vanno conseguentemente soppressi tutti i richiami alla possibilità di modificare il contenuto del contratto rinnovato.

Infine, la disposizione di cui al comma 4, primo rigo, manca di una “o” fra le parole “contratto” e “di un accordo”, come emerge comparando tale previsione con l’omologo comma dell’art. 72 della direttiva n. 2014/24/UE.

Si richiama l’attenzione sulla necessità di dare attuazione al criterio di delega secondo cui deve essere garantita “la responsabilità del progettista in caso di errori di progettazione.

Sotto il profilo formale:

- nella rubrica e in tutto il testo dell’articolo la parola “validità” andrebbe sostituita con “efficacia”;
- al comma 1, primo periodo, possono essere soppresse le parole “a norma del presente codice”.
- al comma 3, dopo “2 e 7”, va apposta una virgola;
- al comma 10, la parola “norme” va sostituita con “regole”;
- al comma 11, le parole “se prevista” vanno sostituite con “, se è prevista”.

ARTICOLO 107 (SOSPENSIONE)

L’art. 107 ripropone, in larga misura, il contenuto della disciplina regolamentare di cui all’art. 158 del d.P.R. n. 207/2010.

In termini generali, la scelta di eliminare la fonte regolamentare, può giustificare la decisione di elevare il livello della precedente disciplina, ora ampiamente legificata.

Tuttavia, il testo della disposizione contiene un eccessivo livello di dettaglio, con particolare riguardo alla analitica indicazione delle modalità di redazione dei verbali.

Pertanto, si suggerisce di alleggerire il testo della fonte legislativa e di demandare ad altri strumenti più flessibili la fissazione di regole specifiche. In ogni caso, è opportuno che sia verificato il linguaggio utilizzato nel presente articolo, adeguandolo agli ordinari criteri redazionali dei testi normativi ed eliminando espressioni di taglio burocratico e atecnico.

Ad esempio, al comma 3, primo periodo, la formula “la sospensione permane per il tempo strettamente necessario a far cessare le cause hanno imposto l’interruzione dell’esecuzione dell’appalto” potrebbe essere eliminata, attesa la sua ovvietà, oppure potrebbe essere sostituita da altra più semplice: “la sospensione è disposta per il tempo strettamente

necessario. In ogni caso, cessate le cause della sospensione, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale". Analogamente, la formula racchiusa nel comma 6 dovrebbe essere rivista e modellata secondo le previsioni più chiare dell'art. 160 del d.P.R. n. 207/2010.

Si suggerisce di valutare se l'istituto della sospensione possa essere riferito anche ai contratti di servizi e di fornitura, come sembrerebbe in base alla rubrica, laddove nel testo si disciplina solo la sospensione dei lavori.

Sotto il profilo formale:

- al comma 1, le parole "*con l'intervento*" vanno sostituite con "*se possibile con l'intervento*";
- al comma 2, secondo periodo, vanno soppresse le parole "*se più di una*";
- al comma 3, primo periodo, le parole "*imposto l'interruzione dell'esecuzione*" vanno sostituite con "*hanno impedito l'esecuzione*";
- al comma 3, secondo periodo, le parole "*i verbali*" vanno sostituite con "*il verbale*";
- al comma 4, primo periodo, possono essere soppresse le parole "*in conseguenza di detti impedimenti*".

ARTICOLO 108 (RISOLUZIONE)

L'art. 108 da un lato sostituisce gli artt. 135, 136 e 138 del previgente codice appalti, trascrivendone l'intero contenuto con limitate modificazioni e individuando le ipotesi al ricorrere delle quali la stazione appaltante può disporre la risoluzione di un contratto in corso di efficacia. Dall'altro lato, l'art. 108 recepisce le ipotesi di "risoluzione" previste dalle direttive comunitarie (artt. 44 della direttiva n. 23 del 2014, 73 della direttiva n. 24 del 2014 e 90 della direttiva n. 25 del 2014).

La tecnica di accorpare in un unico lungo articolo le disposizioni dapprima racchiuse in distinti articoli, aggiungendovi altresì ulteriori ipotesi di derivazione comunitaria, comporta non una semplificazione normativa ma una maggiore difficoltà di lettura della disciplina.

In relazione al **comma 1, lett. c)** valuterà il Governo se sia congrua la previsione della risoluzione nel caso in cui le riserve iscritte dall'appaltatore superino il 15 per cento dell'importo contrattuale. L'ipotesi potrebbe essere circoscritta ai soli casi in cui le riserve siano manifestamente infondate e pretestuose.

Il comma 2 prevede la risoluzione nei casi di decadenza dall'attestazione SOA e di condanne penali definitive sopravvenute nel corso dell'esecuzione del contratto.

Il comma 2 lett. b) dà luogo a rilievi. Esso ricalca senza modifiche e adattamenti l'art. 135 d.lgs. n. 163/2006. Tuttavia, nel previgente codice appalti, la formulazione era coerente con l'art. 38 codice, che indicava i reati causa di esclusione dalla gara in modo generico, facendo riferimento a tutti i reati incidenti sulla moralità professionale. Sicché, l'art. 38 disegnava un cerchio concentrico più grande, dentro cui l'art. 135 individuava un nocciolo duro di reati più gravi, che determinavano la risoluzione del contratto se sopravvenuti in corso di rapporto.

Ora, l'art. 80 elenca i titoli di reato che ostano alla partecipazione alle gare (e non più un *genus* complessivo avuto riguardo all'incidenza sulla moralità professionale), e l'effetto che si determina è che non vi è più alcuna coincidenza, né inclusione, tra art. 80 e art. 108. Dunque per effetto della trasposizione del vecchio art. 135 nel nuovo art. 108 senza opera di coordinamento, non vi è coincidenza tra le condanne penali menzionate nel comma 1 dell'art. 80 che determinano esclusione dalle gare, e le condanne penali sopravvenute in corso di esecuzione dell'appalto che determinano risoluzione obbligatoria, ai sensi dell'art. 108, comma 2, lett. a), dove sono menzionati alcuni reati non previsti nell'art. 80, comma 1.

Occorre, pertanto: o integrare l'art. 80, come ivi suggerito, aggiungendo come causa di esclusione le condanne per altri reati incidenti sulla moralità professionale, e in tal caso l'art. 108, comma 2, lett. b), può restare invariato; ovvero, più semplicemente, riformulare l'art. 108, comma 2, lett. b), facendo riferimento alle condanne definitive, sopravvenute in corso di contratto, per i reati che ai sensi dell'art. 80 sono causa di esclusione dalla gara.

In termini più generali si suggerisce di evitare la tecnica di individuare i reati rilevanti ai fini dei pubblici appalti con il rinvio all'art. 51, c- 3-bis e 3-quater cod. proc. pen., disposizioni che vengono di continuo modificate per le finalità più svariate, sicché, per effetto di tali modifiche, si determina, in virtù del rinvio dinamico, un ampliamento indiretto delle cause di risoluzione degli appalti pubblici, non necessariamente ponderate, volute, e effettivamente necessarie.

Sotto il profilo formale:

- al comma 1, primo periodo, le parole "*periodo di validità dello stesso*" vanno sostituite con "*periodo di sua efficacia*";
- al comma 1, lett. e) le parole "*delle norme contenute nel presente codice*" vanno sostituite con "*del presente codice*";

- al comma 2, primo periodo, la parola “*validità*” va sostituita con “*efficacia*”;
- al comma 3, il periodo deve reggere la proposizione principale e dunque la parola “*quando*” va inserita prima di “*accerta*”. Inoltre, le parole “*Lo stesso*” vanno sostituite con “*Egli*”;
- al comma 4, primo periodo, “*al fuori di*” va sostituito con “*al di fuori di*”;
- al comma 7, le parole “*Qualora sia stato nominato l’organo di collaudo, lo stesso*” vanno sostituite con “*Qualora sia stato nominato, l’organo di collaudo*”.

ARTICOLO 109 (RECESSO)

L’art. 109 detta la disciplina del recesso, in precedenza recata dall’art. 134 dell’abrogando codice appalti, che non viene innovata in alcun modo, salvi i riferimenti ai contratti di servizi e di forniture.

La presente disposizione non trova riscontri nelle direttive europee di riferimento né in uno specifico criterio direttivo, ma può ritenersi conforme al criterio direttivo di cui all’art. 1, comma 1, lett. b) della legge delega, relativo alla necessità di riordinare complessivamente la materia degli appalti pubblici.

Sotto il profilo formale, il primo comma reca l’espressione “*in qualunque tempo*” che, forse, sarebbe opportuno sostituire con quella “*in qualunque momento*”.

Sotto il profilo formale:

- al comma 3, prima di “*formale*” va inserito “*una*”;
- al comma 6, le parole “*predetti magazzini e cantieri*” vanno sostituite con “*i magazzini e i cantieri*”.

ARTICOLO 110 (PROCEDURE DI AFFIDAMENTO IN CASO DI FALLIMENTO DELL’ESECUTORE O DI RISOLUZIONE DEL CONTRATTO E MISURE STRAORDINARIE DI GESTIONE)

L’art. 140, nei commi 1 e 2 ripropone il meccanismo di affidamento già previsto dall’art. 140 d.lgs. n. 163/2006.

I commi successivi danno attuazione ai principi di delega di cui alla lett. vv) numeri da 2 a 5, legge delega (“*2) previsione che il curatore del fallimento possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli*”).

appalti di lavori, forniture e servizi, che possa essere affidatario di subappalti e che possa stipulare i relativi contratti quando l'impresa fallita è in possesso delle necessarie attestazioni ed è stato autorizzato l'esercizio provvisorio;

3) previsione che il curatore del fallimento, quando è stato autorizzato l'esercizio provvisorio, possa eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita;

4) previsione che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, o essere affidataria di subappalti e stipulare i relativi contratti, senza necessità di avvalersi dei requisiti di altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto;

5) previsione che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale o con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, possa eseguire i contratti già stipulati dall'impresa stessa".).

Il comma 3 dell'art. 110 dispone “ *Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale o con cessione di beni, su autorizzazione dell'ANAC sentito il giudice delegato, possono:*

a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;

b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita”.

Tale comma contiene due difformità rispetto a prescrizioni puntuali della delega:

1) consente all'impresa ammessa al concordato con cessione di beni, di partecipare alle gare di appalto, laddove la delega, lett. vv) punti nn. 4 e 5), consentono, in tale ipotesi di concordato, solo la possibilità di proseguire nei contratti già stipulati;

2) per converso, non consente all'impresa ammessa a concordato in bianco di proseguire nei contratti già stipulati, come invece prevede il punto 5) della lett. vv) della legge delega.

Occorre perciò riformulare il comma 3 come segue:

“3. Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione dell'ANAC sentito il giudice delegato, possono:

a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;

b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.

3-bis. L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione dell'ANAC sentito il giudice delegato."

ARTICOLO 111 (CONTROLLO TECNICO, CONTABILE E AMMINISTRATIVO)

L'art. 111 specifica le funzioni del direttore dei lavori relativamente alle attività di controllo tecnico, contabile e amministrativo.

Sotto il profilo sistematico, tale articolo potrebbe trovare una più idonea collocazione nell'art. 101 (*"Soggetti delle stazioni appaltanti?"*) del presente decreto, che già reca una puntuale elencazione dei compiti del direttore dei lavori.

Per esigenze di semplificazione, si potrebbe prevedere un unico decreto per l'attuazione delle previsioni contenute nei commi 2 e 3.

Si rinvia alle osservazioni relative all'art. 101, comma 3. I due testi vanno coordinati perché ripetitivi.

ARTICOLO 112 (APPALTI E CONCESSIONI RISERVATI)

In relazione all'art. 112, il comma 3 (*"Il bando di gara o l'avviso di preinformazione menzionano la presente disposizione"*) non è chiaro e va riformulato.

ARTICOLO 113 (INCENTIVI PER FUNZIONI TECNICHE)

Nell'art. 113, al comma 6, va apposta una virgola dopo "35".

TITOLO VI REGIMI DI APPALTO

Il titolo in questione si occupa dei contratti speciali (delega lett. h): *"puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali, delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati"*.

Si propone allora di puntualizzare il titolo nel seguente modo *"Regimi speciali (o particolari) di appalto"*.

ARTICOLO 114 (NORME APPLICABILI E AMBITO SOGGETTIVO)

L'art. 114 elenca le disposizioni dettate per i settori ordinari, applicabili nei settori speciali.

Il comma 8 stabilisce “*All'esecuzione dei contratti di appalto nei settori speciali si applicano le norme di cui al titolo...*”

Manca l'indicazione del titolo e quindi occorre indicare a quale titolo si fa riferimento, enucleando le disposizioni dettate per l'esecuzione dei contratti che si ritengono applicabili ai settori speciali.

Si segnala, tra l'altro, il mancato richiamo delle disposizioni di cui agli artt. 105, 106, 107, rispettivamente in materia di subappalto, varianti in corso di esecuzione, risoluzione, che quantomeno nella misura in cui recepiscono anche la direttiva 25 (artt. 88, 89,90) si applicano ai settori speciali.

Quanto al subappalto (art. 105) si evidenzia che nella (pre)vigente disciplina, ai settori speciali si è sempre estesa l'intera disciplina del subappalto dettata per i settori ordinari cfr. art.206 dell'abrogando d.lgs. n. 163/2006 che richiama l'art. 118).

Occorre poi, nel completare il richiamo delle norme sull'esecuzione applicabili ai settori speciali, verificare la compatibilità con la loro specialità delle ordinarie disposizioni in tema di direzione lavori, contabilità e collaudo.

Invero, un ipotetico rinvio a tutto campo potrebbe indurre qualche perplessità perché la direttiva 25/2014 quanto all'esecuzione dei relativi contratti disciplina espressamente solo le condizioni di esecuzione dell'appalto (art. 87), il subappalto (art. 88), la modifica dei contratti durante il periodo di validità (art. 89) e risoluzione dei contratti (art. 90): potrebbe pertanto sostenersi che la maggiore e sovrabbondante disciplina applicabile col richiamo a quella dei settori ordinari integra gli estremi di *gold plating*, salve le deroghe giustificate da quei principi di trasparenza e apertura del mercato che la delega impone pure nei settori speciali.

Sul piano formale si formulano le seguenti osservazioni:

- l'*incipit* del comma 1 contiene ridondanze e se ne suggerisce la sostituzione come segue: “*Ai contratti pubblici di cui al presente Capo si applicano le norme che seguono e, in quanto compatibili, le disposizioni...*”;
- al comma 4, primo periodo, va apposta una virgola dopo “*esclusivi*”;
- al comma 5, lett. c), va apposta una virgola dopo “*venture*”.

ARTICOLI 115, COMMA 1 (GAS ED ENERGIA); 116, COMMA 1 (ELETTRICITÀ), 117, COMMI 1 e 2 (ACQUA), 118, COMMA 1 (SERVIZI DI TRASPORTO), 119, COMMA 1 (PORTI E AEROPORTI), 120, COMMA 1 (SERVIZI POSTALI), 121, COMMA 1 (ESTRAZIONE DI GAS E PROSPEZIONE DI CARBONE ED ALTRI COMBUSTIBILI)

Nel primo comma degli artt. 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, nonché nel comma 2 dell'art. 117, è contenuta l'affermazione che alle relative attività si applicano le norme/disposizione del "presente codice".

L'art. 10 del codice tuttavia prevede espressamente al comma 1 che *"le disposizioni del presente codice relative ai settori ordinari non si applicano agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione nei settori speciali che sono aggiudicati o organizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività di cui agli artt. da 115 a 121 e sono aggiudicati per l'esercizio di tali attività agli appalti pubblici esclusi dall'ambito di applicazione delle disposizioni relative ai settori speciali, in forza degli articoli 9, 13 e 15...."*

Agli appalti nei settori speciali si applicano in realtà solo le norme del Capo I del titolo V della parte II (oltre che quelle dei settori ordinari espressamente richiamate proprio in tale capo).

Pertanto la locuzione contenuta nei predetti articoli *"presente codice"* deve essere sostituita con *"presente capo"*.

ARTICOLO 115 (GAS ED ENERGIA ELETTRICA)

Nell'art. 115, comma 1 compare l'avverbio "esclusivamente" (che non si rinviene negli altri articoli da 116 a 121 e nemmeno nell'art. 8 direttiva 25, di cui l'art. 115 costituisce recepimento) e potrebbe/dovrebbe essere eliminato.

Non è dato comprendere se si tratta di una precisa scelta politica o di un mero refuso.

ARTICOLO 117 (ACQUA)

L'art. 117, al comma 3, ripete due volte l'espressione *"da parte di un 'ente aggiudicatore che non è un'amministrazione aggiudicatrice"*.

Si tratta di un refuso che deve essere eliminato.

ARTICOLO 118 (SERVIZI DI TRASPORTO)

Nell'art. 118, comma 1 la parola “*norme*” va sostituita con “*disposizioni*”.

ARTICOLO 120 (SERVIZI POSTALI)

Nell'art. 120, comma 1, la parola “*norme*” va sostituita con “*disposizioni*”.

Nel comma 2, primo periodo, la parola “*decreto*” va sostituita con “*codice*”.

ARTICOLO 122 (PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE)

L'art. 122, comma 1, nel richiamare tra gli altri l'art. 64 (Dialogo competitivo), prevede “...; 64, con la precisione che il termine minimo di trenta giorni per la ricezione delle domande di partecipazione ivi previste non può essere inferiore a quindici giorni”

A parte la illogica previsione (sul piano lessicale) di un termine minimo di 30 giorni che non può essere inferiore a quindici giorni, quest'ultima riduzione non appare coordinata con le garanzie di pubblicità e di certezza del *dies a quo* fissate dall'art. 48, par. 1, comma 2, della direttiva 25.

L'art. 48 citato, recita, infatti “*Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è fissato, in linea di massima, a non meno di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se come mezzo di indizione di gara è usato un avviso periodico indicativo, dell'invito a confermare interesse e non può in alcun caso essere inferiore a quindici giorni.*”.

Se l'intenzione del delegato è quella di stabilire che il termine minimo di 30 giorni può essere ulteriormente ridotto fino a 15 giorni, ciò può avvenire solo se sia stato previamente pubblicato un avviso periodico indicativo, a cui abbia fatto seguito la trasmissione di un invito a confermare interesse.

Si propone di modificare la previsione dell'art. 122 come segue:

“...; 64, con la precisione che il termine di trenta giorni per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al comma 3 può essere ridotto fino a 15 giorni, qualora sia stato pubblicato un avviso periodico indicativo e sia stato trasmesso un invito a confermare interesse”.

Sul piano formale, nel comma 1, primo periodo, dopo la parola “*contraente*” va apposta una virgola.

ARTICOLO 123 (SCELTA DELLE PROCEDURE)

Nell'art. 123 si segnala una incoerenza interna al codice e con la direttiva 25/2014 circa i presupposti del dialogo competitivo e del partenariato per l'innovazione.

La direttiva 25 (artt. 44, 48 e 49) non sembra porre limiti all'utilizzo di tali istituti nel settore degli appalti speciali (a differenza di quanto avviene per gli appalti ordinari, *ex* artt. 26 e 31 della direttiva 24).

Per i settori speciali l'art. 122, che elenca le norme applicabili alle procedure di gara, non richiama l'art. 59 (procedure di scelta, che indica i presupposti del dialogo competitivo), ma richiama le sole norme procedurali degli artt. 64 e 65.

E tuttavia il successivo art. 123, al comma 1, sembra richiamare anche l'art. 59 laddove dispone che gli enti aggiudicatori possono ricorrere a dialoghi competitivi e partenariati per l'innovazione in conformità alle norme del codice.

Peraltro i commi 2, 3 e 4 dell'art. 123 fissano i presupposti del dialogo competitivo riproducendo in sostanza il contenuto dell'art. 59.

La disciplina non risulta in linea con la direttiva 25/2014 che non pone per i settori speciali le stesse limitazioni previste per il settore ordinario, quanto a presupposti di utilizzo di dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione; d'altra parte non sembra esserci nella legge una norma di delega che preveda l'estensione delle limitazioni (previste per il settore ordinario) agli appalti dei settori speciali.

Sembra quindi che si sia in presenza di un *gold plating*, fermo restando che se è intenzione del Governo confermare tale scelta deve evidenziarlo nell'AIR.

Valuterà pertanto il Governo:

a) se l'intento è di estendere ai settori speciali i limiti di utilizzo del dialogo competitivo e del partenariato per l'innovazione previsti per il settore ordinario di darne motivazione nell'AIR;

b) se non è tale l'intento, di intervenire sull'art. 123 con le seguenti modifiche: 1) al comma 1, primo periodo, sostituendo "*presente parte*" con "*presente sezione*";

2) al comma 1, secondo periodo, sostituire "*di cui al presente codice*" con "*di cui alla presente sezione*";

3) sopprimere i commi 2, 3 e 4 dell'art. 123.

Per il caso si mantengano i commi 2, 3 e 4 dell'art. 123, si osserva che qualche perplessità destano i concetti di "offerte irregolari" (sarebbe

meglio irricevibili), e “offerte inammissibili”, fermo restando che si tratta di un problema comune quanto meno anche all’art. 59.

Sul piano formale:

- al comma 1, le parole “*ricorrono a*” vanno sostituite con “*utilizzano*”;
- al comma 7, risultano una duplicazione le parole “*mediante un invito a confermare interesse*”, che possono essere soppresse.

ARTICOLO 124 (PROCEDURA NEGOZIATA CON PREVIA INDIZIONE DI GARA)

Nell’art. 124, comma 4, le parole “*di concerto*” vanno sostituite “*d’accordo*”.

ARTICOLO 125 (USO DELLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA INDIZIONE DI GARA)

L’art. 125, comma 1, lett. d), indica tra i presupposti per far ricorso a tale procedura “*...ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevisi e imprevedibili dell’ente aggiudicatore, ivi compresi comunque i casi di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati...e di pericolo concreto e attuale di danni irreparabili a beni culturali...*”.

Si rileva che l’analogia previsione per i settori ordinari, art. 63, comma 2, lett. c) ricomprende tra i presupposti “*...le emergenze di protezione civile, nonché i casi urgenti di bonifica e messa in sicurezza dei siti contaminati*”, ma non il pericolo concreto e attuale di danni irreparabili a beni culturali.

Le disposizioni (art. 125 e 63) devono essere armonizzate dovendo contenere gli stessi presupposti, in coerenza con le rispettive direttive che *in parte qua* hanno identica formulazione.

Sul piano formale, nel comma 1, lett. c), numero 1, prima di “*rappresentazione*” vanno inserite le parole “*di una*”.

ARTICOLO 126 (COMUNICAZIONE DELLE SPECIFICHE TECNICHE)

L’art. 126, comma 4 contiene alcune imprecisioni ed incompletezze:

- il richiamo all’art. 69, comma 8, è errato, perché l’art. 69 ha solo quattro commi; è probabile che il richiamo sia all’art. 68, comma 8;
- contiene poi un richiamo all’art. 23, posto tra parentesi e con ??.. , che va evidentemente corretto;
- al comma 1, può essere soppressa la parola “*regolarmente*”.

ARTICOLO 127 (NORME APPLICABILI E AVVISO PERIODICO INDICATIVO)

Nell'art. 127 si segnalano le seguenti incompletezza ed imprecisioni:

- la rubrica va corretta in "*Pubblicità e avviso periodico indicativo*";
- al comma 1 in luogo dei "*settori esclusi*" deve scriversi "*settori speciali*";
- al comma 2 le parole "*appalti superiori alla soglia*" sono da sostituire con "*appalti di importo pari o superiori alla soglia*";
- il comma 4, alla fine, contiene un'indicazione del tutto generica "*...un periodo più lungo di 12 mesi*" che potrebbe essere puntualizzato (due anni, tre anni);
- ugualmente generica è l'espressione "*...e altri servizi specifici*", e andrebbero indicati con rinvio ad un allegato "*altri servizi specifici di cui all'allegato...*" (si segnala che nell'art. 91 della direttiva 25 i servizi specifici sono quelli dell'allegato XVII alla direttiva; nel presente articolo va disposto rinvio all'allegato del codice corrispondente all'allegato XVII della direttiva 25, presumibilmente l'allegato IX; la medesima osservazione vale anche per l'art. 130).

ARTICOLO 128 (AVVISI SULL'ESISTENZA DI UN SISTEMA DI QUALIFICAZIONE)

Nell'art. 128 si segnalano alcune imprecisioni:

- al comma 1, si possono sopprimere le parole "*a norma del presente articolo*";
- sempre al comma 1 al posto di "*imprenditori, fornitori o prestatori di servizi*" può sostituirsi "*operatori economici*", al fine di rendere coerente la terminologia dell'articolo con le definizioni dell'art. 3;
- al comma 3 le parole "*importo superiore*" vanno sostituite con "*importo pari o superiore*" e al posto di "*articolo 36*" scriversi "*articolo 35*";
- sempre al comma 3 (sia nel primo periodo che nella lettera a), la parola "*validità*" va sostituita con "*efficacia*".

ARTICOLO 129 (BANDI DI GARA E AVVISI RELATIVI AGLI APPALTI AGGIUDICATI)

Nell'art. 129, al comma 4, le parole "*Le informazioni fornite a titolo dell'allegato XIV...*" vanno sostituite con "*Le informazioni fornite ai sensi dell'allegato XIV...*"

ARTICOLO 130 (REDAZIONE E MODALITÀ' DI PUBBLICAZIONE DEI BANDI E DEGLI AVVISI)

L'art. 130, comma 2 dispone che sono a carico della Unione Europea le spese ivi indicate.

Poiché una disposizione nazionale non può avere una tale portata normativa, il testo va modificato, ad esempio disponendo, dopo la parola “*trasmissione*”, “*, salve le disposizioni sulla loro pubblicazione da parte dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea*”. (Analogo rilievo è stato formulato in relazione all'art. 72).

ARTICOLO 131 (INVITI AI CANDIDATI)

Nell'art. 131, comma 1, vanno apposte le virgole dopo le parole “*senza previa indizione di gara*” e dopo le parole “*avviso periodico indicativo*”.

ARTICOLO 132 (INFORMAZIONI A COLORO CHE HANNO CHIESTO UNA QUALIFICAZIONE, AI CANDIDATI, AGLI OFFERENTI)

Nell'art. 132 la formulazione del comma 2, con riferimento riguardo al *dies a quo* per la decisione sulla domanda, appare involuta, ancorché sia un letterale recepimento della corrispondente previsione della direttiva 25 (art. 75).

Si propone il seguente testo “*2. Gli enti aggiudicatori che istituiscono o gestiscono un sistema di qualificazione informano i richiedenti della propria decisione sulla qualificazione entro sei mesi dalla presentazione della domanda. Se la decisione sulla qualificazione richiede più di quattro mesi, entro due mesi dalla presentazione della domanda l'ente aggiudicatore comunica al richiedente le ragioni della proroga del termine ed indica la data entro cui interverrà la decisione.*”.

ARTICOLO 133 (PRINCIPI GENERALI PER LA SELEZIONE DEI PARTECIPANTI)

Nell'art. 133 si segnala che al comma 5 il richiamo all'art. 81 sembra errato visto che quest'ultimo non ha il comma 4.

Al comma 4, il “*non*” deve essere inserito prima di “*impongono*” e di “*esigono*”, eliminandolo dopo “*aggiudicatori*”.

Al comma 5, va apposta una virgola dopo “*candidati*”.

ARTICOLO 135 (CRITERI DI SELEZIONE QUALITATIVA)

Nell'art. 135 si segnala l'opportunità di modificare la rubrica coerentemente con il contenuto dell'articolo in "*Criteri di selezione qualitativa e avvilimento*".
Al comma 2, le parole "*Qualora gli enti aggiudicatori*" vanno sostituite con "*Gli enti aggiudicatori, qualora*" e la parola "*essi*" va soppressa.

ARTICOLO 136 (USO DEI MOTIVI DI ESCLUSIONE E DEI CRITERI DI SELEZIONE)

In relazione all'art. 136 si osserva che la rubrica non è particolarmente chiara e si segnala un refuso al comma 3.

La rubrica può essere modificata in "*Applicabilità dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione dei settori ordinari ai sistemi di qualificazione*".

Al comma 2, vanno sopresse le parole "*del presente articolo*".

Al comma 3 il testo deve essere così sostituito "*Per le finalità dei commi 1 e 2 si applicano gli articoli 85, 86 e 87*".

ARTICOLO 137 (OFFERTE CONTENENTI PRODOTTI ORIGINARI DI PAESI TERZI)

Nell'art. 137 per la parola "*Paesi*" si utilizza talora la lettera maiuscola e talora quella minuscola. Va usato un criterio uniforme, preferibilmente con l'uso della lettera maiuscola.

Al comma 3 sostituire "*secondo paragrafo*" con "*terzo periodo*" (l'espressione paragrafo è mutuata dalla direttiva 25 ma non si usa nella citazione delle parti di articoli nella legislazione italiana).

ARTICOLO 138 (RELAZIONI CON PAESI TERZI IN MATERIA DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE)

In relazione all'art. 138 vale quanto detto *sub art.* 137 "*Paesi (e non paesi) terzi*"

Inoltre nel comma 1 bisogna sostituire l'espressione "*proprie imprese*" con "*imprese italiane*", essendo riferito il "*proprie*" nella struttura sintattica della frase, alla "*cabina di regia*".

Sempre al comma 1, va eliminata la virgola dopo "*212*".

ARTICOLO 139 (RELAZIONI UNICHE SULLE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI)

L'art. 139, al comma 2 dispone "*Nella misura in cui l'avviso di aggiudicazione dell'appalto stilato a norma dell'articolo 129 o dell'articolo 122,*

comma 2, contiene le informazioni richieste al presente comma, gli enti aggiudicatori possono fare riferimento a tale avviso”.

Il rinvio all’art. 122, comma 2, è errato, corretto essendo il rinvio all’art. 140 comma 3, come si ricava dalla lettura dell’art. 100 della direttiva 25/2014 che infatti rinvia all’art. 92, par. 2, della direttiva stessa, trasfuso proprio nell’art. 140, comma 3, del codice.

Si propone pertanto di sostituire “122, comma 2” con “140, comma 3”.

L’ultimo periodo del terzo comma stabilisce che *“La documentazione è conservata per almeno tre anni a partire dalla data di aggiudicazione dell’appalto”.*

La norma recepisce tal quale la disposizione dell’ultimo periodo del paragrafo 2 dell’art. 84 della direttiva 25/2012.

Non sarebbe tuttavia irragionevole – e non costituirebbe *gold plating* una previsione di maggiore durata dell’obbligo di conservazione in caso di pendenza di un contenzioso fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza (non si tratta infatti di un aggravamento burocratico in capo alle imprese partecipanti, quanto piuttosto di una misura prudenziale a vantaggio delle imprese concorrenti o escluse che hanno contestato la legittimità dell’operato dell’amministrazione appaltante).

Se si condivide la preoccupazione ed il suggerimento la norma potrebbe essere così modificata: *“La documentazione è conservata per almeno tre anni a partire dalla data di aggiudicazione ovvero, in caso di pendenza di una controversia, fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza”.*

Si segnala che analoga disposizione è contenuta anche nell’ultimo periodo del comma 4 dell’art. 99 e pertanto le due disposizioni devono essere comunque allineate, quanto meno per gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici.

Per gli enti che sono amministrazioni aggiudicatrici la disposizione in esame andrebbe coordinata con le previsioni degli artt. 8 e 9, d.lgs. n. 33/2013, in tema di trasparenza, che prevedono una maggiore durata degli obblighi di conservazione degli atti.

Sul piano formale, nel comma 1, lett. b), le parole *“il ricorso a”* vanno sostituite con *“l’utilizzazione di”*.

LA SEZIONE DEL TITOLO IV È RUBRICATA “SERVIZI SOCIALI CONCORSI DI PROGETTAZIONE E NORME SU ESECUZIONE”

Diversamente da quanto annunciato dalla rubrica, il titolo non contiene alcuna norma sulla esecuzione e quindi quel riferimento deve essere eliminato.

Sul piano formale, va apposta una virgola dopo “SOCIALP”.

ARTICOLO 140 (NORME APPLICABILI AI SERVIZI SOCIALI DEI SETTORI SPECIALI)

Si osserva che il contenuto dell’art. 140 (Norme applicabili ai servizi sociali dei settori speciali) sembra coincidere con quello dell’art. 142 (Pubblicazione degli avvisi e bandi), che concerne gli appalti di servizi sociali nel settore ordinario.

Risulta difficilmente comprensibile la portata del rinvio dell’art. 140 all’art. 142, dovendo chiarirsi che il rinvio avviene per quanto non espressamente già disposto dall’art. 140.

Si propone di aggiungere al comma 1, dopo le parole “...applicazione degli articoli 142, 143,144” le parole “salvo quanto disposto nel presente articolo”

Inoltre occorre allineare il testo delle lett. b) e c) dello stesso comma 1, in quanto nella lettera b) si legge “maniera continuativa”, nella lettera c) si legge “maniera continua”.

ARTICOLO 141 (NORME APPLICABILI AI CONCORSI DI PROGETTAZIONE NEI SETTORI SPECIALI)

Nell’art. 141, comma 1 il rinvio operato all’art. 132 è errato.

Il rinvio corretto è all’art. 152.

ART. 142 (PUBBLICAZIONE DI AVVISI E BANDI)

Nell’art. 42 si segnala una formulazione non felice del comma 2 “*il comma 1 non si applica, allorché una procedura negoziata senza previa pubblicazione sia stata utilizzata conformemente all’art. 63 per l’aggiudicazione di appalti pubblici di servizio*”.

Non è chiaro infatti se la deroga ivi prevista trova applicazione se la procedura di cui all’art. 63 sia stata già effettivamente utilizzata ovvero se ricorrano le condizioni dell’art. 63, soluzione quest’ultima che sembra più coerente (e che sembra quella emergere dalla lettura della relazione).

Se si concorda con tale ultima considerazione il testo potrebbe essere così riformulato “*Il comma 1 non si applica, allorché sia utilizzata per l’aggiudicazione di appalti pubblici di servizio una procedura negoziata senza previa pubblicazione in presenza dei presupposti previsti dall’articolo 63*”.

Sul piano formale, al comma 4 va apposta una virgola dopo “35”.

ARTICOLO 144 (SERVIZI DI RISTORAZIONE)

Nell'art. 144, comma 4 è utilizzata la terminologia “*dichiarazione di inizio di attività*”

Essa deve essere sostituita con “*segnalazione certificata di inizio di attività*”.

Al comma 8, la parola “*assicurano*” va sostituita con “*consentono*”.

ARTICOLO 146 (QUALIFICAZIONE)

L'art. 146 al comma 3 esclude l'avvalimento per gli appalti nel settore dei beni culturali.

Ciò potrebbe essere non in linea con l'art. 63 della direttiva e costituire *gold plating*.

Tuttavia tale più rigorosa previsione trova giustificazione sia nel testo dell'articolo che nella relazione di accompagnamento col richiamo all'art. 36 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Delle ragioni della deroga al divieto di *gold plating* deve essere dato conto nell'AIR.

Devono essere sostituite le parole “*dell'articolo 36 del trattato sull'Unione Europea*” con le parole “*dell'articolo 36 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*”.

ARTICOLO 148 (AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI)

Nell'art. 148, comma 1, ultimo periodo, le parole “*in ordine all'obbligo del possesso*” vanno sostituite con “*sul possesso*”.

ARTICOLO 151 (SPONSORIZZAZIONI E FORME SPECIALI DI PARTENARIATO)

Nell'art. 151, il comma 2 può essere meglio formulato come segue “*L'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali dispone misure sulla progettazione, sull'esecuzione delle opere o delle forniture e alla direzione dei lavori ed al collaudo*”.

ARTICOLO 152 (AMBITO DI APPLICAZIONE)

L'art. 152 apre il capo dedicato ai concorsi di progettazione.

Nel comma 3, lett. a), che contempla alcune esclusioni dall'ambito di applicazione, non è chiaro perché si richiamano, tra i concorsi di progettazione esclusi, solo quelli previsti dall'art. 14 del codice, e non anche quelli previsti dagli artt. 15 e 16.

Il Capo IV è rubricato “Concorsi di progettazione”

Si segnala l'opportunità di inserire anche “*e di idee*”, visto che tale istituto è disciplinato dall'art. 156.

ARTICOLO 154 (ORGANIZZAZIONE DEI CONCORSI DI PROGETTAZIONE E SELEZIONE DEI PARTECIPANTI)

Nell'art. 154 comma 3 vi è un rinvio al decreto di cui all'art. 156 comma 3: ma il rinvio è errato perché l'articolo corretto è il 24, comma 5.

Sostituire pertanto “...*il decreto di cui all'articolo 156, comma 5.*” con “...*il decreto di cui all'articolo 24, comma 5.*”.

Sul piano formale si osserva che:

- al comma 4, va apposta una virgola dopo “*complessità*”;
- al comma 5, la parola “*gradi, il primo*” va sostituita con “*fasi, la prima*”; le parole “*il secondo*” vanno sostituite con “*la seconda*”.

ARTICOLO 155 (COMMISSIONE GIUDICATRICE PER I CONCORSI DI PROGETTAZIONE)

Nell'art. 155 non risulta chiaro il procedimento di nomina delle commissioni; anzi sembrerebbe inapplicabile la nuova disciplina dell'albo dei commissari presso l'ANAC che riguarda gli appalti e le concessioni, non i concorsi di progettazione.

Occorre pertanto che si stabilisca espressamente o il richiamo alla disciplina dell'albo dei commissari o la specifica esclusione della stessa.

Al secondo comma la norma prevede la presenza di almeno un terzo dei commissari con particolare qualifica professionale, così riproducendo la disposizione dell'art. 81 della direttiva.

In ragione della stessa previsione della direttiva “*almeno un terzo*” potrebbe valutarsi di elevare tal limite alla metà, stante la particolarità dei concorsi di progettazione.

Quanto al richiamo, nel comma 1, alle disposizioni vigenti in materia di incompatibilità ed astensioni la disposizione di cui al comma 1 deve essere coordinata ed allineata con quella del comma 6 dell'art. 77.

ARTICOLO 156 (CONCORSO DI IDEE)

In relazione all'art. 156 si svolgono le seguenti osservazioni di carattere formale:

- al comma 1, la parola “*norme*” va sostituita con “*disposizioni*”;
- al comma 5, secondo periodo, le parole “*A detta*” vanno sostituite con “*Alla*”;
- al comma 7, primo periodo, dopo la parola “*complessità*”, va apposta una virgola; invece va eliminata la virgola dopo “*appaltante*”;
- sempre al comma 7, primo periodo, la parola “*grad?*” va sostituita con “*fasi?*”;
- nel secondo periodo del comma 7, va apposta una virgola dopo “*definitivo*”.

ARTICOLO 157 (ALTRI INCARICHI DI PROGETTAZIONE E CONNESSI)

All’art. 157, comma 1 devono essere sostituite le parole “*superi complessivamente la soglia*” con “*sia pari o superiore complessivamente alla soglia*”.

Al comma 1, va apposta una virgola dopo “35” e vanno soppresse le parole “*e diversi*”.

ART. 158 (SERVIZI DI RICERCA E SVILUPPO)

All’art. 158 comma 1 occorre sostituire le parole “*le disposizioni di cui al presente codice si applica*” con le parole “*le disposizioni di cui al presente codice si applicano*” oppure con le parole “*il presente codice si applica*”.

Nella lett. a), le parole “*aggiudicatore perché*” vanno sostituite da “*aggiudicatore, affinché*”.

ARTICOLO 159 (DIFESA E SICUREZZA)

In relazione all’art. 159 comma 2 si chiede di verificare se sia corretto il rinvio alla parte IV (partenariato) o se invece il corretto rinvio sia alla parte III (concessioni). In ogni caso le parole “*presente decreto*” vanno sostituite con “*presente codice*”.

ART. 161 (CONTRATTI E CONCORSI DI PROGETTAZIONE AGGIUDICATI O ORGANIZZATI IN BASE A NORME INTERNAZIONALI)

L’art. 161 recepisce in un unico contesto l’art. 17 della direttiva 24 e l’art. 10 della 23. Il testo sembra incompleto perché il comma 1, lett. d), reca solo le parole “*norme procedurali specifiche*”, dovendo essere completato con il recepimento dell’art. 10, par. 5. lett. c), direttiva 23 “*norme*”.

procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità o a concessioni che devono essere aggiudicate, che testualmente uno stato membro in conformità di tali norme”.

Sul piano formale, al comma 1, le parole “208 che sono disciplinate da” vanno sostituite da “208, qualora essi siano disciplinati da”.

Al comma 2, va apposta una virgola dopo “finanziamento”.

ARTICOLO 162 (CONTRATTI SECRETATI)

In relazione all'art. 162, sul piano formale si osserva che:

- al comma 3, va soppressa la parola “citata”;
- al comma 5, le parole “in modo da assicurare la tutela delle” vanno sostituite con “in modo da salvaguardare le”.

ARTICOLO 163 (PROCEDURE IN CASO DI SOMMA URGENZA E DI PROTEZIONE CIVILE)

L'art. 163 disciplina gli affidamenti di somma urgenza, tra cui include gli appalti della protezione civile.

Per gli appalti della protezione civile la legge delega, lett. l), così si esprime “*previsione di disposizioni concernenti le procedure di acquisizione di servizi, forniture e lavori da applicare in occasione di emergenze di protezione civile, che coniughino la necessaria tempestività d'azione con adeguati meccanismi di controllo e pubblicità successiva, con conseguente espresso divieto di affidamento di contratti attraverso procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie, ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali*”.

Il criterio di delega ha trovato attuazione:

- all'art. 63, comma 2, lett. c) (in cui si prevede l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione “*nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dell'amministrazione aggiudicatrice, ivi comprese le emergenze di protezione civile, nonché nei casi urgenti di bonifica e messa in sicurezza dei siti contaminati ai sensi della normativa ambientale, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici*”;
- all'art. 163 che accomuna le procedure di somma urgenza e quelle in occasione di eventi di protezione civile, quale ipotesi specifica e speciale della somma urgenza.

E' chiaro l'obiettivo del legislatore delegato che, per effetto del combinato disposto degli artt. 63 e 163 sembra, ad un primo

approccio, andare coerentemente nella direzione voluta dal legislatore delegante nel senso che:

a) le acquisizioni di servizi, forniture e lavori da applicare in occasione di emergenza devono coniugare tempestività con controlli e pubblicità, questi ultimi anche successivi;

b) è vietato l'affidamento di contratti attraverso procedure derogatorie a quelle ordinarie, ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali.

La procedura negoziata senza bando prevista dal diritto comunitario per i casi di estrema urgenza e nella misura strettamente necessaria (recepita nell'art. 63 codice), è già di per sé idonea a soddisfare le esigenze degli appalti della protezione civile, sicché non occorre, in quella sede, una specifica previsione di tali appalti, previsione che sarebbe meramente esemplificativa e non potrebbe aggiungere prescrizioni derogatorie dei limiti comunitari (si rinvia alle osservazioni sub. art. 63).

Sicché, rispetto all'art. 63, gli affidamenti di cui all'art. 163 devono essere considerati ulteriormente eccezionali (secondo una "progressione di eccezionalità", se così si può dire) e quindi tale ultima disposizione deve essere interpretata ed applicata in senso assolutamente rigoroso e restrittivo.

E, invero, la previsione del legislatore delegante ("ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali") non sembra ancorare l'eccezionalità alla semplice situazione emergenziale, ma piuttosto alle (ulteriori e peculiari) particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali.

Con tale approccio, questo Consiglio suggerisce alcune modifiche del testo.

Nell'art. 163 sono accomunate le ipotesi di affidamenti diretti di (soli) lavori di somma urgenza fino a 200.000 euro, e le ipotesi di affidamenti diretti in caso di eventi di protezione civile, non solo per lavori, ma anche per servizi e forniture, e anche oltre la soglia dei 200.000 euro, e senza ulteriori limiti di soglia massima, sicché, in ipotesi, sopra le soglie comunitarie.

Pertanto, per gli affidamenti diretti in caso di eventi di protezione civile, si delinea una disciplina diversa e aggiuntiva rispetto a quella di derivazione comunitaria contenuta nel citato art. 63.

Nel comma 6 dell'art. 163 sono individuati due presupposti per gli affidamenti diretti in caso i eventi di protezione civile:

- a) il verificarsi degli eventi di cui all'art. 2, comma 1, l. n. 225 del 1992;
- b) “ovvero l'imminente previsione del loro verificarsi”.

In relazione al primo presupposto, il richiamo all'art. 2, comma 1, della legge n. 225 del 1992 sembra incompleto dovendo aggiungersi la lettera c) (che concerne “*calamità naturali o connesse all'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo*”). Invero, solo la lett. c) del citato art. 2 contempla eventi straordinari che giustificano la deroga alle procedure ordinarie di affidamento dei contratti pubblici.

Il secondo presupposto dà luogo a rilievi lessicali e sostanziali.

Sul piano lessicale, pare frutto di un refuso il riferimento dell'aggettivo “imminente” alla “previsione” piuttosto che agli “eventi”. La formulazione dovrebbe perciò essere: “la previsione dell'imminente verificarsi di detti eventi”.

Ma anche così rettificato, il presupposto suscita qualche perplessità, perché espresso in termini generici che non legano la previsione a parametri oggettivi, né l'evento a un rilevante grado di probabilità di accadimento. Sicché, così come è, la previsione potrebbe allargare significativamente l'ambito di utilizzo delle procedure derogatorie, non solo quando gli eventi straordinari si sono già verificati, ma anche quando si prevede che stiano per verificarsi.

Occorre pertanto o eliminare la disposizione, o rafforzarla con parametri oggettivi e rigorosi onde evitare che la previsione dell'imminente evento sia legata a parametri soggettivo-discrezionali che rischiano di rendere arbitrario ed incontrollabile il ricorso alla procedura eccezionale.

D'altro canto, la nozione di “evento imprevedibile” che giustifica le procedure derogatorie, già può di per sé, secondo una rigorosa e corretta esegesi, comprendere non solo i casi in cui l'evento si sia già verificato, ma anche quelli in cui, secondo criteri scientifici rigorosi (v. art. 3 l. n. 225/1992 sulle attività di previsione), è altamente probabile che l'evento sia imminente.

Ove si opti per il mantenimento del secondo presupposto suddetto, si suggerisce una riformulazione più stringente. A fine paragrafo se ne offrono varie formulazioni alternative.

A sua volta, il comma 8 dell'art. 163 prevede un affidamento diretto anche al di sopra del precedente limite di 200.000 euro per lavori,

servizi e forniture, per un arco temporale limitato, per singole fattispecie e nei limiti di importo individuati nei provvedimenti di cui al comma 2, dell'art. 5, della legge n. 225 del 1992. Anche tale previsione potrebbe costituire strumento per "superare" il divieto di deroghe alle procedure ordinarie in quanto fa riferimento a un numero indeterminato di "singole fattispecie".

Si dovrebbe limitare quantitativamente l'uso di tale possibilità ovvero qualificare le fattispecie come "indilazionabili", dovendo per il resto, se sussistono i presupposti, utilizzarsi la previsione dell'art. 63.

Inoltre per rendere coerente l'art. 163 con l'art. 63, vanno esclusi gli affidamenti diretti per appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Nel comma 5, dell'art. 163, si dovrebbe prevedere la sospensione delle prestazioni di somma urgenza che non siano state approvate.

Nel comma 7, andrebbe valutata la congruità del termine per la verifica dei requisiti autocertificati dagli affidatari, fissato in sei mesi, che appare eccessivamente lungo.

Sarebbe, infine, necessaria una ricognizione di tutte le disposizioni normative vigenti, speciali, che prevedono o autorizzano procedure in deroga per motivi o situazioni, anche *latu sensu*, di protezione civile o comunque emergenziale, procedendo a loro abrogazione espressa, in modo da dare anche sotto tale profilo piena attuazione al principio di delega in questione.

In sintesi e in conclusione si propongono le seguenti modifiche all'art. 163:

- al comma 1 dopo "*e il tecnico*" aggiungere "*dell'amministrazione competente*";
- al comma 1 all'ultimo rigo, sostituire l'espressione "*alla pubblica incolumità*" con "*la pubblica e privata incolumità*";
- al comma 2, dopo "*o dal tecnico*" aggiungere "*dell'amministrazione competente*";
- il comma 5 potrebbe essere così sostituito "*Qualora un'opera o un lavoro, ordinato per motivi di somma urgenza, non riporti l'approvazione del competente organo dell'amministrazione la relativa realizzazione è sospesa immediatamente e si procede alla liquidazione dei corrispettivi dovuti per la parte realizzata*";
- al comma 6 inserire dopo le parole "*comma 1*", le parole "*lettera c)*";
- sempre al comma 6, eliminare le parole "*ovvero l'imminente previsione del loro verificarsi*" oppure in subordine sostituirle con una delle seguenti formulazioni alternative:

a) *“ovvero la ragionevole previsione, secondo parametri scientifici e oggettivi, dell’elevata probabilità dell’imminente verificarsi di detti eventi, che richieda l’adozione di misure indilazionabili, e nei limiti dello stretto necessario imposto da tali misure”;*

b) *“ovvero la ragionevole previsione ai sensi dell’art. 3 della legge n. 225 del 1992 del loro imminente verificarsi”;*

- si valuti, nel comma 7, la sostituzione del termine ora previsto in sei mesi, in un termine ragionevolmente più breve;

- il comma 8 andrebbe sostituito con una delle seguenti formulazioni:

a) *“In via eccezionale, nella misura strettamente necessaria, l’affidamento diretto può essere autorizzato anche al di sopra dei limiti di cui al comma 1, per un sola volta, per un arco temporale limitato, comunque non superiore a trenta giorni e solo per singole specifiche fattispecie e nei limiti massimi di importo stabiliti nei provvedimenti di cui al comma 2, dell’articolo 5, della legge n. 225 del 1992. L’affidamento diretto per i motivi di cui al presente articolo non è comunque ammesso per appalti di valore pari o superiore alla soglia comunitaria.”.*

b) *“In via eccezionale, nella misura strettamente necessaria, l’affidamento diretto può essere autorizzato anche al di sopra dei limiti di cui al comma 1, per un arco temporale limitato, comunque non superiore a trenta giorni e solo per singole specifiche fattispecie indilazionabili e nei limiti massimi di importo stabiliti nei provvedimenti di cui al comma 2, dell’articolo 5, della legge n. 225 del 1992. L’affidamento diretto per i motivi di cui al presente articolo non è comunque ammesso per appalti di valore pari o superiore alla soglia comunitaria.”;*

- si valuti l’abrogazione espressa delle seguenti previsioni: art. 2, comma 9, d.l. n. 39/2009; art. 4, comma 3-ter, d.l. n. 74/2012; e si operi una ricognizione di eventuali altre disposizioni derogatorie, che diventano incompatibili con la nuova disciplina.

PARTE III – CONTRATTI DI CONCESSIONE

Nell'ambito del sistema introdotto dalle tre direttive sui contratti pubblici, quella sulle concessioni (2014/23) costituisce di certo la novità più rilevante, e questo non solo perché viene introdotta, a livello europeo, una disciplina organica sia delle concessioni di lavori che di quelle di servizi, estendendo il proprio ambito di applicazione ai settori tradizionali e "speciali", ma anche, se non soprattutto, per la particolare connotazione che viene ad assumere l'istituto concessorio, potenzialmente diverso da quello tradizionale, anche per le nostre latitudini, pur avendo la nostra scienza giuridica da tempo analizzato questa categoria dogmatica.

Il che comporta, all'evidenza, tutta una serie di verifiche di compatibilità, di problemi di coordinamento e di adattamento della disciplina nazionale, che per la prima volta si trova a dover attuare una disciplina organica a livello europeo.

La direttiva 2014/23 si muove col dichiarato intento di creare un quadro giuridico idoneo, equilibrato ma anche sufficientemente flessibile, tale da facilitare la più ampia diffusione dell'istituto concessorio, una volta acquisita la consapevolezza che i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici, in quanto concorrono al miglioramento dei livelli di concorrenza nel mercato interno, consentendo di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuendo a conseguire innovazione ed efficienza, anche nell'uso dei fondi pubblici (cfr. 1° e 3° considerando).

In questo senso, il legislatore nazionale è chiamato ad ampliare il proprio orizzonte, finora limitato a discipline di settore, fatto salvo quanto (unicamente) finora era stato previsto nell'abrogando codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006 dove, all'art. 30, in tema di concessioni di servizi, si prevedeva, al contempo, una clausola generale di esclusione di applicazione del codice ed una sintetica disciplina di principio residuale.

E' importante notare come la disciplina delle concessioni si innesti in un contesto giuridico europeo di "libertà", libertà di scelta delle modalità di gestione per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi, al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici (considerando n. 5 e art. 2 direttiva 23, trasposto

nell'art. 166 del codice), ma anche libertà di istituire servizi di interesse economico generale e servizi non economici di interesse generale (considerando n. 6).

Il diritto europeo non impone, dunque, che i servizi di interesse economico generale siano necessariamente affidati a terzi.

Quanto all'aspetto definitorio delle concessioni, anche la direttiva 23, come quelle sugli appalti, si pone, anzitutto, lo scopo di precisare il proprio ambito di applicazione, soprattutto dal punto di vista oggettivo (allineandosi, per quello soggettivo, alle altre due direttive), riprendendo, invero, nozioni già sperimentate con le direttive 17 e 18 del 2004.

Si tratta, dunque, di un contratto che segue gli schemi degli appalti di lavori e di servizi, con la caratteristica, però, che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori (o i servizi), o in tale diritto accompagnato da un prezzo, e con l'ulteriore precisazione che l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo (art. 5, punto 1, commi 1 e 2, direttiva 23).

La caratteristica precipua delle concessioni, idonea a differenziarle dagli appalti, è data proprio dall'assunzione di un rischio, che va ben al di là, ed è qualitativamente differente, da quello sopportato da un normale appaltatore.

In mancanza, dunque, del trasferimento del rischio "operativo", come ricorda la Corte di giustizia UE, il contratto dovrebbe essere definito come di appalto, almeno per quel che concerne la fase di aggiudicazione, ma non mancano, come è noto, delicate questioni interpretative, non solo sotto l'aspetto qualitativo, in ordine a tale trasferimento.

Sotto il profilo qualitativo, la direttiva precisa che deve trattarsi di un rischio "sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi" (art. 5, n. 1), comma 2). Ed il considerando n. 20 precisa ulteriormente che tale rischio "dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti".

Il che se è conciliabile con il rischio della domanda, che dipende da comportamenti di soggetti terzi (fruitori del servizio), lo è di meno con il rischio dell'offerta, dato che la medesima è resa dallo stesso concessionario. Sicché deve ritenersi che in tal caso le componenti del rischio riguardino essenzialmente elementi che sono al di fuori del controllo dell'operatore privato, come l'andamento dei costi (anche finanziari) che dipendono puramente dalle oscillazioni del mercato, e quindi, come tali, sono estranei al dominio delle parti.

Difficilmente può aver rilievo, anche nell'ambito del rischio dell'offerta, il c.d. rischio di disponibilità, tipico delle concessioni associate alle opere c.d. fredde (ed ai relativi servizi, avvinti dalla stessa logica), ovvero le opere che sono prive della capacità di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi, e che, risultando legato alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità, sarebbe legato alla performance dello stesso concessionario, la cui rilevanza, come accennato, sembrerebbe esclusa dalla direttiva.

Del resto l'applicazione del modello concessorio alle c.d. opere fredde (il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi all'amministrazione traendo la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa: per es. nei casi di carceri o ospedali) ha destato, non da oggi, serie perplessità, dato che l'ambito naturale dell'istituto è certamente costituito dalle c.d. opere calde, ovvero da quelle dotate di intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza (modello autostrade, gas, parcheggi), ovvero, al più, da quelle c.d. tiepide, categoria intermedia per la quale, non essendo sufficienti i ricavi di utenza a ripianare interamente le risorse impiegate, risulta necessario un contributo pubblico per la fattibilità finanziaria (modello impianti sportivi e, per i servizi, trasporto pubblico locale).

Tuttavia, non vi sono elementi per affermare che, in base alla direttiva, il modello della concessione non si applichi anche alle opere fredde (ed ai servizi dello stesso tipo), per le quali, a differenza delle opere calde (dove viene prevalentemente in rilievo il rischio della domanda, e dunque il rischio sul versante dei ricavi, come nel caso dell'esempio – non infrequente – della sovrastima dei flussi di traffico da parte di concessionari autostradali), viene in rilievo prevalentemente il rischio dell'offerta, e quindi anzitutto quello sul versante dei costi (cfr., al riguardo, anche l'art.165 del codice).

Dal punto di vista quantitativo, e quindi dell'entità del rischio operativo, la direttiva 23 lascia margini ai legislatori nazionali e pone dei limiti, essenzialmente in termini negativi, ammettendo che una parte del rischio possa rimanere a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e risultando esclusi espressamente solo i casi in cui il rischio sia eliminato del tutto (considerando nn. 18 e 19).

In definitiva la “componente rischio” deve essere effettivamente sussistente, ancorché proporzionalmente ridotta, come emerge dal recepimento nazionale recato dall’art. 165, comma 2, secondo cui *“l’eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell’investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari”*.

La legge delega affronta, nello specifico, la materia dei contratti di concessione nei quattro punti dalla lett. hhh) alla lett. mmm), ma anche altri punti della delega affrontano, più o meno direttamente, siffatta materia.

Allo stato, non risultano recepiti alcuni punti della delega specifici per le concessioni, tra cui vanno senz’altro segnalati, nell’ambito della lett. hhh), la *“previsione di criteri per le concessioni indicate nella sezione II del capo I del titolo I della direttiva 2014/23/UE, nel rispetto dell’esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 per le concessioni nel settore idrico”*, nonché, la *“previsione di criteri volti a promuovere le concessioni relative agli approvvigionamenti industriali in autoconsumo elettrico da fonti rinnovabili nel rispetto del diritto dell’Unione europea”*.

Trattasi di scelta, occorre ricordare, che rientra nella facoltà e quindi nella responsabilità del Governo; tuttavia, non può che segnalarsi, rinviando a quanto più ampiamente esposto nella parte generale, che l’omessa attuazione di parte della delega non può essere in prosieguo rimediata in sede di decreti correttivi, che possono solo apportare modifiche e correzioni alle disposizioni che hanno già attuato la delega, non operare un’attuazione *ex novo* di parti di delega non originariamente attuate.

Per converso, nell’esame dei singoli articoli si segnaleranno profili di maggior rigore rispetto a quanto prescritto dalla direttiva 23 e dalla stessa legge delega. Si tratta di una scelta politica del Governo che risponde a precisi obiettivi di liberalizzazione in chiave proconcorrenziale, che va però accompagnata da una specifica motivazione nell’AIR, per meglio supportare e valorizzare tale scelta.

ARTICOLO 164 (OGGETTO ED AMBITO DI APPLICAZIONE)

L’art. 164, in linea con i principi della direttiva sanciti nell’art. 1, nell’individuare oggetto ed ambito di applicazione della parte riferita alle concessioni, e quindi le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di

servizi, dispone che alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni, contenute nella parte I e nella parte II del codice, relativamente ai principi generali, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

In effetti la direttiva concessioni è in molte parti pressoché identica a quella relativa ai settori ordinari, ma nello schema di decreto di recepimento non sono rari difetti di coordinamento, come si vedrà, su temi piuttosto delicati.

Al comma 1, anzitutto, deve segnalarsi un errore di trasposizione in ordine all'ambito soggettivo di applicazione, rispetto all'art. 1 della direttiva 23. Secondo quest'ultimo, la condizione che i lavori o servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II, riguarda, ovviamente, i soli "enti aggiudicatori", non anche le "amministrazioni aggiudicatrici".

E' pacifico, infatti, che le amministrazioni aggiudicatrici soggiacciono alla direttiva quando aggiudicano concessioni in qualunque settore, non solo nei settori speciali, laddove la direttiva 23 ha inteso, invece, estendere la sua portata anche agli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali, ove le concessioni si riferiscano ad una delle attività dei settori speciali stessi (v. preambolo 10 della direttiva 23).

La trasposizione della direttiva contenuta nel presente articolo, così formulata, sembra, invece, circoscrivere l'ambito applicativo alle sole amministrazioni aggiudicatrici (oltre che agli enti aggiudicatori) che aggiudichino concessioni nei settori speciali.

Al fine di risolvere tale errore tecnico di trasposizione, pertanto, al comma 1 le parole "*indette dalle amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori*" vanno sostituite come segue: "*indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II*".

Conseguentemente, l'allegato II va riferito, nel titolo, ai soli enti aggiudicatori, espungendo dal titolo le amministrazioni aggiudicatrici.

Al comma 3, riprendendosi puntualmente l'art. 4, comma 2, della direttiva 23, si chiarisce che i servizi non economici di interesse

generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte. Quanto alla "libertà" di istituire servizi di interesse economico generale, vale la pena di considerare che non si tratta di una libertà assoluta, atteso che l'istituzione di detti servizi comporta comunque una riduzione dell'ambito del mercato, in virtù anche dei diritti esclusivi e speciali, che essa di solito comporta. Permane, pertanto, il controllo della Commissione sull'istituzione (anche se non sulla gestione, essendo riservata allo Stato membro la scelta di lasciarlo al mercato o riservarlo alla mano pubblica per poi affidarlo in concessione) del servizio e, in sede nazionale, la necessità di osservare il principio di sussidiarietà orizzontale: ove l'Ente pubblico abbia optato per l'esternalizzazione della gestione del servizio vale ora, non attenuata, la regola della gara.

Esulano, comunque, dall'ambito di interesse della direttiva concessioni, e quindi anche del nuovo codice, le tematiche a monte relative alla missione che le imprese, incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale sono tenute ad assolvere per finalità di interesse generale e quella relativa ai servizi rivolti agli utenti nell'interesse dei cittadini.

Non compete, pertanto al codice sciogliere l'opzione tra il mercato e il non mercato, anche se sulla base della direttiva appare chiaro che, a valle, ove un servizio economico di interesse generale non sia lasciato al mercato, ma riservato al potere pubblico, trovano applicazione le regole, finalmente organiche, della concessione di servizi pubblici.

Resta sullo sfondo la libertà per lo Stato membro, sancita dall'art. 4, comma 1, della direttiva, di definire, seppur in conformità del diritto europeo, quali possano ritenersi i "servizi di interesse economico generale".

Dal punto di vista tecnico-formale al comma 2 si chiede di espungere il punto dopo la parola "avvisi".

ARTICOLO 165 (CONCESSIONI)

L'art. 165, oltre agli aspetti definitori sulle concessioni ed il rischio operativo, mutuati anche dall'art. 5, par. 1, della direttiva, e di cui si è già detto, ripercorre opportunamente il quadro normativo recentemente arricchitosi, mettendolo dunque a regime, in materia di strumenti per la c.d. bancabilità ed il finanziamento delle opere, la sostenibilità ed il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario, la defiscalizzazione degli interventi, i c.d. *project bond*.

Valuti l'Amministrazione se mutare la rubrica dell'articolo, che appare generica ("*Concessioni*") in "*Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni*".

Sul piano formale si rileva che:

- al comma 1, secondo periodo, la parola "*Detti*" va sostituita con "*Tali*";
- al comma 1, secondo periodo, prima di "*ricavi*" va inserito "*ai*";
- al comma 3, primo periodo, le parole "*è condizionata alla*" vanno sostituite con "*ha luogo dopo la*";
- al comma 5, ultimo periodo, la parola "*valido*" va sostituito con "*efficace*"; prima della parola "*gestione*" va inserito "*la*".

ARTICOLO 167 (METODI DI CALCOLO DEL VALORE STIMATO DELLE CONCESSIONI)

Nell'art. 167 viene trasposto l'art. 8 della direttiva, salvo l'inserimento, al comma 5, della doverosa considerazione (non ben specificata, però, quanto a modalità e finalità) degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti.

Al comma 6 sarebbe preferibile indicare il soggetto che valuta le ragioni oggettive che giustificano il frazionamento della concessione.

Sul piano formale si osserva che:

- al comma 2, la parola "*valido*" va sostituita con "*calcolato*";
- al comma 3, la parola "*valida*" va sostituita con "*rilevante*";
- al comma 6, le parole "*delle norme del presente decreto*" vanno sostituite con "*del presente codice*".

ARTICOLO 168 (DURATA DELLE CONCESSIONI)

Nell'art. 168, dandosi seguito all'art. 18 della direttiva, viene introdotto il principio che la durata delle concessioni è limitata, dovendo essere stimata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario.

Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.

Al comma 1, primo periodo, può essere espunta, nel rispetto formale della direttiva, la parola "*massima*", anche al fine di evitare un'espressione complessivamente pleonastica (se vi è una durata massima giocoforza la durata è limitata).

Al secondo periodo, in fine, si afferma che la durata (massima) della concessione “è definita dall’offerta aggiudicatrice.” Orbene, non è chiaro a cosa si voglia fare riferimento. Forse si intende fare riferimento all’offerta che risulti “aggiudicataria”. Ma anche in questo caso il concetto risulta oscuro. Siccome la durata della concessione è fissata nel bando, e costituisce elemento precostituito che evidentemente incide sull’equilibrio economico-finanziario complessivo dell’operazione, è difficile ipotizzare che l’offerta possa indicare una durata diversa, ma comunque inferiore, rispetto alla durata indicata dal bando.

Si suggerisce, pertanto, di valutare la soppressione dell’intero suddetto inciso finale “ed è definita dall’offerta aggiudicatrice”.

Al comma 2, si rileva, inoltre, un evidente disallineamento rispetto all’art. 18 della direttiva 23, che prevede, in verità per le sole concessioni ultraquinquennali, che la durata massima “non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti (...)”.

Si fa, cioè, riferimento ad un criterio di ragionevole prevedibilità, ancorato dunque a un parametro, “la ragionevolezza”, avente carattere oggettivo, non soggettivo.

Nello schema di decreto di recepimento, invece, si afferma che la durata non può essere “superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario”, senza fare, però, riferimento al parametro oggettivo aggiuntivo della ragionevolezza. Poiché l’omissione può dare luogo a dubbi interpretativi, in fine alla frase, dopo le parole “da parte del concessionario” va inserito l’inciso “, individuato sulla base di criteri di ragionevolezza,”.

All’ultimo periodo del comma dopo la parola “concessionario” va inserita una virgola.

ARTICOLO 169 (CONTRATTI MISTI DI CONCESSIONE)

L’art. 169 recepisce gli artt. 20, 21 e 22 della direttiva 23, a partire dall’affermazione di principio che le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l’oggetto principale del contratto.

Dal punto di vista tecnico-formale, al comma 4, dopo il numero “XVIII” va inserita la virgola.

Al comma 10 dopo le parole “*contratto di forniture*” va inserita la virgola. Va, inoltre, corretto l’evidente refuso relativo alla trasposizione del par. 5, secondo comma, dell’art. 20 della direttiva. Pertanto le parole “*è determinato rispettivi servizi o forniture*” vanno sostituite con le parole “*è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture*”.

ARTICOLO 171 (GARANZIE PROCEDURALI NEI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE)

L’art. 171 costituisce la trasposizione dell’art. 37 della direttiva 23.

Dal punto di vista tecnico-formale, al comma 5, primo periodo, occorre sostituire la parola “*nota*” con la parola “*noti*” e verificare la corretta numerazione del comma 7.

ARTICOLO 172 (SELEZIONE E VALUTAZIONE QUALITATIVA DEI CANDIDATI)

L’art. 172 costituisce la trasposizione dell’art. 38 della direttiva 23.

Dal punto di vista tecnico-formale, al comma 1, primo periodo, la parola “*presentate*” va sostituita con la parola “*presentati*”.

ARTICOLO 173 (TERMINI E CRITERI DI AGGIUDICAZIONE)

L’art. 173 costituisce esempio della necessità di migliore coordinamento con le norme sugli appalti ordinari.

La rubrica dell’articolo, anzitutto, deve essere propriamente integrata: “*Termini, principi e criteri di aggiudicazione*”.

Al comma 1, la parola “*criteri*” va sostituita con la parola “*principi*”. Infatti l’art. 30, a cui l’art. 173, comma 1, fa rinvio, detta i principi generali sull’aggiudicazione (concorrenza, parità di trattamento, etc.), non disciplinando, invece, “i criteri di aggiudicazione”, che sono il prezzo più basso e l’offerta economicamente più vantaggiosa, regolati dall’articolo 95 della bozza di codice.

Ancor più rilevante, e quindi doverosa di segnalazione, l’evidente contraddizione che si manifesta tra il già esaminato art. 164, comma 2, e, appunto, l’art. 173, comma 2.

Infatti l’art. 164, comma 2, indica le disposizioni del codice applicabili alle concessioni, richiamando tra l’altro, ancorché “*per quanto compatibili*”, quelle recanti i criteri di aggiudicazione, e quindi l’art. 95, che elenca in modo dettagliato i criteri di valutazione dell’offerta, e aggiunge che ai criteri di valutazione dell’offerta (i c.d. criteri di aggiudicazione) sono

attribuiti pesi e punteggi, e ove ciò non sia possibile, si procede a elencazione in ordine decrescente di importanza.

A sua volta, l'art. 173, comma 2, si limita, invece, a statuire che la stazione appaltante elenca i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza, conformemente alla prescrizione dell'art. 41, comma 3, della direttiva 23, che nell'indicare i criteri di aggiudicazione per le concessioni, lascia più ampio margine alla stazione appaltante rispetto alla direttiva 24.

Non avendo, però, la presente bozza di codice recepito integralmente l'art. 41 della direttiva 23, ma solo la regola dell'elencazione dei criteri in ordine decrescente di importanza, ed avendo, anzi, optato per un rinvio all'art. 95 (che detta i criteri di aggiudicazione per gli appalti nei settori ordinari in modo ben più stringente), ne emerge una situazione antinomica che può essere risolta anteponendo al comma 2 dell'art. 173, dopo le parole "*dal comma 1*" le parole "*e comunque in deroga all'articolo 95*".

Diversamente opinando, e quindi ove non si intendesse perseguire l'intento di rendere applicabili alle concessioni i criteri di aggiudicazione previsti per i settori ordinari, allora occorre espungere dall'art. 164, comma 2, il riferimento ai criteri di aggiudicazione. Ma, in tal caso, all'art. 173 occorre recepire in maniera più puntuale e completa l'art. 41 della direttiva 23.

Dal punto di vista formale, si osserva che al comma 3 i rinvii interni sono errati: le parole "*comma 2, secondo periodo*" vanno, infatti, sostituite con le parole "*comma 2, terzo periodo*", e le parole "*comma 2, primo periodo*" con le parole "*comma 2, secondo periodo*".

Al medesimo comma, dopo le parole "*modifica dell'ordine di importanza*" vanno aggiunte le parole "*dei criteri*".

ARTICOLO 174 (SUBAPPALTO)

L'art. 174, dando seguito all'art. 42 della direttiva 23, detta alcune norme specifiche sul subappalto nel settore delle concessioni, richiamando anche alcune disposizioni contenute nella normativa generale sul subappalto di cui all'art. 105.

Si determinano alcuni problemi di coordinamento tra disciplina speciale e disciplina generale sul subappalto.

Al comma 2, anzitutto, va sostituito il termine "*soprasoglia*" con la precisazione "*di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lett. a)*". Infatti la direttiva 23 si applica alle concessioni di "*importo pari o superiore*" alla soglia indicata, non solo a quelle "*soprasoglia*".

Al riguardo, va verificato in tutto il codice il corretto utilizzo delle espressioni “*sotto soglia*” e “*sopra soglia*”.

Al comma 8 si fa rinvio ad alcuni commi dell’art. 105, che reca, come accennato, la disciplina generale del subappalto.

Il rinvio al comma 6 dell’art. 105 non è, tuttavia, del tutto chiaro perché l’art. 174, comma 2, già disciplina, in tema di individuazione della terna di subappaltatori, buona parte della materia del comma 6 dell’art. 105. E’ opportuno, forse, precisare che il rinvio è operato solo all’ultimo periodo del comma 6 dell’art. 105.

Parimenti, il rinvio al comma 8 appare, almeno in parte, superfluo perché il comma 5 dell’art. 174 riprende fedelmente l’affermazione di principio contenuta nel secondo periodo del comma 8 dell’art. 105. Perciò o si sopprime il comma 5 dell’art. 174, ovvero, nel comma 8 dell’art. 174, il rinvio al comma 8 dell’art. 105 viene circoscritto al primo periodo. In ultima analisi, può sopprimersi del tutto il rinvio al comma 8 dell’art. 105, e nel comma 5 del presente articolo può aggiungersi la previsione della responsabilità esclusiva del concessionario nei confronti della stazione appaltante, di cui al primo periodo del richiamato comma 8.

Il rinvio al solo comma 11 dell’art. 105, che a sua volta rinvia al comma 10 della medesima disposizione, va integrato con il rinvio anche al detto comma 10 dell’art. 105.

Non è neppure chiaro il rinvio al comma 13 dell’art. 105, atteso che il comma 7 del presente articolo già reca quanto contenuto nel citato comma 13 (in relazione al principio di cui alla lett. rrr) della delega). Sembra preferibile dunque, nel caso di specie, sopprimere del tutto il rinvio al comma 13 dell’art. 105.

Dal punto di vista formale, al comma 5 è preferibile sostituire le parole “*a legislazione vigente*” con le parole “*dalla legislazione vigente*”, mentre, al comma 7, vanno sostituite le parole “*richiesta di subappaltatore*” con “*richiesta del subappaltatore*”. Dopo le parole “*in caso*” aggiungere la preposizione “*di*”. Al secondo rigo, sempre del comma 7, sostituire “*sub appaltatori*” con “*subappaltatori*”.

ARTICOLO 175 (MODIFICA DEI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITÀ)

L’art. 175 affronta la delicata tematica delle varianti, in attuazione dell’art. 43 della direttiva 23. Non mancano, anche in questo caso, come si vedrà, serie problematiche di coordinamento.

Nella lett. a) del comma 1 si prevede in termini generali il divieto di prevedere la proroga delle concessioni.

Si tratta di divieto di portata generale, non previsto, peraltro, dall'art. 43 della direttiva 23, ed espressamente introdotto dalla legge delega con specifico riguardo alle sole concessioni autostradali (lett. III), anche se, invero, facendo riferimento, in quest'ultimo caso, "*alla nuova disciplina generale dei contratti di concessione*".

Trattasi di disciplina di maggior rigore in funzione proconcorrenziale, che andrà supportata da specifica motivazione nell'AIR (ai sensi dell'art. 14, commi 24-ter e 24-quater, l. n. 146/2005).

Si deve ovviamente intendere, come si dirà anche in relazione all'art. 178, che il divieto di proroga non può che riguardare tutte le concessioni, anche quelle autostradali già in essere, per le quali la disciplina specifica recata dall'art. 178 si aggiunge a quella generale, comunque ad esse applicabile.

In relazione alla lett. a) del comma 1, dopo le parole "*in clausole*" è opportuno aggiungere, anche per un migliore e più completo recepimento dell'articolo 43, par. 1, lett. a), della direttiva 23, le parole "*chiare, precise e inequivocabili*". In ogni caso va sostituita la parola "*Esse*" con le parole "*Tali clausole*".

In relazione alla lett. b) del comma 1, le due condizioni elencate nei n. 1) e 2) devono ricorrere congiuntamente, come si evince dal corrispondente art. 43, par. 1, lett. b) della direttiva 23; perciò, alla fine del n. 1) della lett. b) del comma 1, dopo le parole "*concessione iniziale,*" va aggiunta la congiunzione "*e*".

Al comma 2, è errata l'individuazione dell'ambito soggettivo parlando di "*stazione appaltante*", che comprende sia le amministrazioni aggiudicatrici che gli enti aggiudicatori. Infatti, nella direttiva si parla delle sole "*amministrazioni aggiudicatrici*" e tale è il corretto ambito soggettivo. Si tratta delle amministrazioni aggiudicatrici che aggiudicano le concessioni per attività diverse da quelle dell'allegato II (ossia i settori speciali). Si ricorda che gli enti aggiudicatori sono soggetti alla direttiva 23 solo se aggiudicano concessioni per le attività del citato allegato 2 (ossia i settori speciali). Sicché, gli enti aggiudicatori che aggiudicano in settori diversi da quelli speciali non sono soggetti alla direttiva 23.

Sempre al comma 2, si afferma, inoltre, che, in caso di modifiche consentite alla concessione in corso di rapporto, "*l'eventuale aumento di valore, anche in presenza di modifiche successive, non può eccedere complessivamente il 50 per cento del valore della concessione iniziale*".

La previsione appare difforme, e probabilmente più severa, di quella introdotta dall'art. 43, par. 1, della direttiva 23, secondo cui in caso di più modifiche successive, ciascuna non può singolarmente eccedere il 50% del valore iniziale.

La previsione è altresì più severa di quella prevista dal parallelo art. 106, (comma 1, lett. c), n. 3) per i settori ordinari, dove si prevede che *“l'eventuale aumento di prezzo non è superiore al 50 per cento del valore iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica”* (l'art. 106 mutua fedelmente l'art. 72 della direttiva 24).

Si osserva, al riguardo, che la legge delega vieta di introdurre una regolazione più severa di quella dettata dalle direttive (comma 1 lett. a) della legge delega), e impone di recepire gli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive (lett. f), e che la stessa delega non reca una limitazione specifica per le concessioni, in ordine alle varianti. Infatti la lett. ee) sulle varianti sembra riferita ai soli appalti, mentre le concessioni sono regolate specificamente dalle lett. da hhh) a mmm).

E d'altro canto, pur in presenza del principio di delega della lett. ee), per le varianti nei settori ordinari il recepimento della direttiva 24 è avvenuto senza prevedere parametri più severi rispetto ad essa.

Si rimette, pertanto, la questione, anche in questo caso, alle opportune valutazioni del Governo, che, dovrà inserire specifica motivazione nell'AIR (ai sensi dell'art. 14, commi 24-ter e 24-quater, l. n. 146/2005), al fine di supportare la previsione in commento.

Al comma 5, le parole *“La modifica”* vanno sostituite con le parole *“La modifica di cui al comma 4”*; infatti, il comma 5 si riferisce allo stesso ambito del comma 4, come si evince dal raffronto con la direttiva 23 (art. 43, par. 2).

Al comma 7, la definizione di *“modifica sostanziale”* di una concessione non è in linea con l'art. 43 della direttiva. Il comma 7, infatti, recita *“quando altera considerevolmente le condizioni contrattuali originariamente pattuite”*, laddove l'art. 43, par. 4, afferma che *“la modifica di una concessione (...) è considerata sostanziale (...) (quando) muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa”*. Si tratta, dunque, di uno snaturamento della concessione iniziale, che costituisce un *quid pluris* rispetto alla semplice alterazione, sia pure considerevole, delle condizioni contrattuali. Si ritiene, pertanto, preferibile sostituire l'inciso *“quando altera considerevolmente le condizioni contrattuali originariamente pattuite”* con le parole *“quando muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa”*.

Sempre al comma 7, in fine, occorre riprodurre, oltre che i casi della lettera d), anche quello della lettera e) del comma 1, (si tratta infatti di un ulteriore caso in cui è ammesso un subentro al concessionario, che non costituisce modifica sostanziale della concessione). Il solo riferimento alla lettera d) del comma 1 dipende, probabilmente, dal fatto che nella direttiva la corrispondente norma richiama la sola lettera d), ma nella direttiva la lettera d) comprende tre ipotesi, mentre nella bozza di recepimento nazionale la lettera d) del comma 1 comprende due ipotesi, e la terza ipotesi della lettera d) della direttiva è diventata nel recepimento nazionale una autonoma lettera e) del comma 1.

Dal punto di vista formale, occorre sostituire, nella rubrica, nonché ai commi 7 e 8 (quest'ultimo va correttamente numerato), la parola “*validità*” con la parola “*efficacia*”.

Al comma 1, primo periodo, alinea, vanno soppresse le parole “*a norma del presente codice*”.

Al comma 1, lett. a), ultimo periodo, la parola “*suddette*” va sostituita con la parola “*medesime*”.

Al comma 1, lett. d) la parola “*avevano*” va sostituita con la parola “*aveva*”.

ARTICOLO 176 (RISOLUZIONE DEL CONTRATTO)

L'art. 176 recepisce l'art. 44 della direttiva 23.

La disposizione impone una corretta disamina della terminologia comunitaria e nazionale, terminologia a cui corrispondono nella sostanza istituti diversi.

Il comma 1 dell'art. 176 recepisce (solo in parte, come si vedrà) l'art. 44 della direttiva 23, che nell'indice è rubricato “*cessazione delle concessioni*” e nell'articolato è rubricato “*risoluzione delle concessioni*”. Nel testo dell'art. 44 della direttiva si parla di “*porre termine alla concessione in vigore della stessa*” per presupposti che sono legati a vizi originari o sopravvenuti dell'atto concessorio.

Si tratta di fattispecie che nell'ordinamento nazionale giustificano l'autotutela c.d. pubblicistica nella forma dell'annullamento d'ufficio (in tal senso, come si vedrà, va integrata la rubrica). Nell'ordinamento nazionale, peraltro, per regola generale l'annullamento d'ufficio opera *ex tunc*.

Nel caso specifico, considerato che l'annullamento d'ufficio può intervenire a distanza di molti anni (a seguito, ad es. di una violazione del diritto comunitario da parte della stazione appaltante, accertata dalla Corte di giustizia UE, il che implica un giudizio nazionale ed un rinvio pregiudiziale alla Corte), e che la direttiva parla di “*porre termine alla*

concessione”, occorre stabilire se l’annullamento operi *ex nunc* o *ex tunc*, e come si regolano i rapporti tra le parti.

Solo per il caso di annullamento per vizio non imputabile al concessionario, il presente articolo equipara l’annullamento d’ufficio a risoluzione per inadempimento della stazione appaltante e regola quanto dovuto al concessionario.

Resta la questione delle restituzioni e spettanze a seguito dell’annullamento d’ufficio quando il vizio sia imputabile al concessionario: non è chiarito se il concessionario debba restituire alla p.a. le opere realizzate senza nulla percepire, o debba applicarsi, quanto meno, il rimborso delle spese sostenute, nei limiti dell’arricchimento dell’amministrazione. Il tema merita riflessione, anche eventualmente sede di decreto correttivo, al fine anche di evitare contenzioso tra le parti del rapporto concessorio.

Nell’art. 176 non risulta recepita una terza ipotesi di “risoluzione” prevista dall’art. 44 della direttiva, per il caso in cui la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi dell’art. 43 della direttiva stessa (art. 175, comma 9).

Occorre, invero distinguere due ipotesi:

- quella in cui, verificandosi una modifica sostanziale, ai sensi dell’art. 175, comma 9, la stazione appaltante dichiara risolta la concessione;
- quella in cui, verificandosi una modifica sostanziale, la stazione appaltante, in violazione dell’art. 175, comma 9, non procede alla risoluzione della concessione. In tale caso occorre un intervento di autotutela pubblicistica, perché vi è stata la violazione delle regole sulla necessità di affidare una nuova concessione. Tale ipotesi va, pertanto, specificamente prevista nell’articolo in commento.

Pertanto al comma 1, dopo la lett. b) andrebbe aggiunta la seguente:

“c) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione ai sensi dell’articolo 175 comma 9”.

I commi 4 e successivi dell’art. 176 ricalcano la disciplina già dettata dall’art. 158 dell’abrogando d.lgs. n. 163/2006 in relazione alla sola finanza di progetto.

Al comma 4, andrebbe però, in aggiunta alla risoluzione, prevista la “revoca” per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, come nel richiamato previgente art. 158, anche al fine di far rimanere inalterati i poteri di intervento della p.a.

Al comma 6, tra l'altro, si impiega la parola "revoca", che ha un senso solo se la ipotesi della revoca è aggiunta al comma 4.

Per quanto detto, la rubrica va così integrata: "*Annullamento e revoca d'ufficio e risoluzione per inadempimento*".

Si segnala, infine, la necessità, di un coordinamento e di un linguaggio uniforme nell'art. 176 e nell'art. 108 che disciplina (*inter alia*) ipotesi di "risoluzione" nei settori ordinari e speciali, di recepimento comunitario, e omogenee a talune delle ipotesi regolate nell'art. 176.

ARTICOLO 177 (AFFIDAMENTI DEI CONCESSIONARI)

L'art. 177 costituisce coerente, ma parziale, recepimento del punto iii) della legge delega.

Tale punto della delega, infatti, impone di esternalizzare, mediante procedure di evidenza pubblica, l'80% dei lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni, non solo per le concessioni già in essere, ma anche per le nuove concessioni, in entrambi i casi escludendo da tale obbligo le concessioni affidate con la finanza di progetto o con gara ad evidenza pubblica.

Orbene, in disparte la efficacia retroattiva connessa direttamente alla previsione della legge di delega (art. 1, comma 9, l. n. 11/2016), occorre segnalare che il presente articolo si limita, in ogni caso, a imporre tale obbligo solo per le concessioni già in essere, e non anche per le nuove concessioni. Vero è che, almeno in linea teorica, tutte le nuove concessioni, affidate dopo l'entrata in vigore del codice, dovrebbero essere affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedura di gara ad evidenza pubblica, e quindi il problema, a regime, potrebbe non porsi.

L'art. 177, al comma 1, usa la locuzione "società *in house*"; la locuzione *in house* non compare tra le definizioni dell'art. 3; le c.d. società *in house* sono i soggetti menzionati e regolati dall'art. 5. Occorre, perciò, nel presente articolo chiarire che le società *in house* sono i soggetti di cui all'art. 5, e non entità ulteriori. Non è corretto, neppure, usare il termine "società" in quanto il soggetto *in house* non deve necessariamente rivestire la veste societaria. E' preferibile sostituire, pertanto, l'espressione "società *in house*" con l'espressione "*soggetti in house alle condizioni di cui all'articolo 5*".

Al comma 3, in ordine all'importante e delicato tema delle verifiche del rispetto delle quote di cui al comma 1 da parte dei soggetti preposti (che

andrebbero meglio specificati) e dell'ANAC, dopo le parole “*con la cadenza*” è opportuno introdurre le parole “*, di regola annuale,*”, al fine di avere un più preciso riferimento temporale delle attività di verifica.

Inoltre, sempre in relazione al comma 3, in ordine alla linee guida dell'ANAC andrebbe previsto, come negli altri casi, un termine per la loro adozione.

Andrebbero poi, individuati meccanismi che, sulla base anche dei modelli già sperimentati della normativa anticorruzione, rendano effettivo il potere di verifica da parte dell'ANAC.

ARTICOLO 178 (NORME IN MATERIA DI CONCESSIONI AUTOSTRADALI E PARTICOLARE REGIME TRANSITORIO)

L'art. 178 attua i punti specifici della delega di cui alle lett. ll) e mmm).

La delega chiede, invero, di introdurre sia un regime transitorio per l'affidamento delle concessioni autostradali scadute o prossime alla scadenza alla data di entrata in vigore del codice (lett. mmm), sia un regime ordinario di avvio tempestivo delle procedure a evidenza pubblica per le nuove concessioni autostradali, non meno di 24 mesi prima della scadenza di quelle in essere (lett. ll).

Ma mentre sufficientemente chiaro risulta il meccanismo di attuazione della lett. mmm) della delega (regime transitorio, cfr. commi 1 e 3), non altrettanto può dirsi dell'attuazione della lett. ll) della delega, sotto un duplice profilo.

Invero, la lett. ll) della delega dispone: “*avvio delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle nuove concessioni autostradali non meno di ventiquattro mesi prima della scadenza di quelle in essere, con revisione del sistema delle concessioni autostradali, con particolare riferimento all'introduzione di un divieto di clausole e disposizioni di proroga, in conformità alla nuova disciplina generale dei contratti di concessione*”.

La delega richiede, dunque, da un lato, una disciplina a regime che disponga l'avvio delle procedure di affidamento non meno di 24 mesi prima della scadenza delle concessioni, e, dall'altro lato, una previsione di divieto di clausole e disposizioni di proroga nelle nuove concessioni autostradali.

Su tali due profili non risultano chiari gli intendimenti del Governo, non rinvenendosi nell'art. 178 un recepimento espresso.

Se è vero che nell'art. 175, comma 1, lett. a), si introduce il divieto di proroga delle concessioni in termini generali, con previsione da ritenere applicabile a ogni tipo di concessione, ivi comprese quelle

autostradali, il recepimento del punto di delega III) sarebbe più univoco con una previsione espressa collocata anche nell'art. 178.

Si ricorda che il mancato recepimento di un punto di delega non può trovare successivo rimedio in sede di decreti correttivi, come più ampiamente esposto nella parte generale del presente parere.

Al comma 2, si prevede una sterilizzazione, potenzialmente per un tempo che resta indeterminato, del diritto del concessionario uscente, che rimane comunque vincolato alle obbligazioni contrattuali esistenti, al riequilibrio del piano economico-finanziario.

Tale disciplina di rigore, che potrebbe dare luogo nell'applicazione pratica a contenziosi con i concessionari uscenti, andrebbe supportata da specifica motivazione nell'AIR (ai sensi dell'art. 14, commi 24-ter e 24-quater, l. n. 146/2005).

Inoltre, al comma 1, si parla di procedure a evidenza pubblica *tout court*, mentre al comma 3 di procedure a evidenza pubblica ai sensi “*del presente codice*”. Occorre chiarire a cosa si vuol fare esattamente riferimento.

Sempre in relazione ai commi 1 e 3, si osserva che la lett. mmm) della delega prevede, per il regime transitorio, in alternativa alle procedure di evidenza pubblica, l'affidamento *in house*, nel rispetto dell'art. 17 direttiva 2004/23 (trasfuso nell'art. 5 del codice).

Pertanto, ai commi 1 e 3 del presente articolo, occorre fare salva l'applicazione dell'art. 5 dello schema di codice.

Il comma 7, secondo periodo, dell'art. 178 prevede che “*L'amministrazione può chiedere sullo schema delle convenzioni da sottoscrivere un parere preventivo all'ANAC*”. Pur trattandosi di un parere facoltativo, deve segnalarsi che la previsione determina una sovrapposizione di competenze tra l'ANAC e l'Autorità di regolazione dei trasporti preposta allo specifico settore (art. 37, comma 2, lett. g), d.l. n. 201/2011).

Dal punto di vista formale, ai commi 1 e 3, primo periodo, dopo la parola “*concessioni*” occorre aggiungere la parola “*autostradali*”, aggettivo che compare, altrimenti, solo nella rubrica dell'articolo, ma che va ribadito nel corpo del testo (come avviene già al comma 7) al fine di definire l'ambito applicativo della disposizione normativa.

ARTICOLO 179 (DISCIPLINA COMUNE APPLICABILE)

L'art. 179, apre la parte del codice dedicata al partenariato pubblico e privato e al contraente generale.

Al comma 1, prevede che alle procedure di cui al presente capo (*recte presente parte*) si applicano le disposizioni di cui alle parti I, IV, V e VI, in quanto compatibili.

Il successivo comma 2 stabilisce che si applicano, in quanto non incompatibili con le previsioni del presente capo (*recte presente parte*) le disposizioni della parte II, titolo I, a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'art. 35, ovvero inferiore.

Entrambi i commi presentano alcune incoerenze quanto ai rinvii ad altri ambiti del codice.

Quanto al comma 1, non viene richiamata la parte III, che reca la disciplina in materia dei contratti di concessione, che a sua volta costituisce il modello per eccellenza del partenariato pubblico privato; di contro, per un evidente refuso, viene precisato che le disposizioni contenute nella parte IV sono applicabili alle diverse tipologie di partenariato e al contraente generale, che sono disciplinati dalla parte IV.

Relativamente al comma 2, il richiamo circoscritto alla parte II, titolo I, esclude i titoli II, III e IV, della parte II, che contengono importanti disposizioni che finora non è stato dubbio si applicassero al partenariato e al contraente generale, quali disposizioni sugli operatori economici, loro qualificazione, accesso agli atti, requisiti morali, criteri di aggiudicazione, subappalto, collaudo.

Inoltre, non è operato il richiamo alla qualificazione delle stazioni appaltanti, di cui all'art. 38, che appare invece necessario per la natura generale della disposizione che dà attuazione alla lettera bb) della legge delega.

Diversamente si potrebbe intendere che i contratti più importanti, quali partenariati, finanza di progetto, affidamento a contraente generale, possono essere affidati da qualsivoglia stazione appaltante, anche se non si è qualificata con il nuovo sistema gestito dall'ANAC.

Si suggerisce, pertanto, di:

- sostituire al comma 1 l'indicazione della parte IV con la "*parte III*";
- richiamare, una volta sistemato definitivamente l'articolato, le parti, i titoli, i capi o le singole disposizioni applicabili agli istituti della parte IV, distinguendo analiticamente quelli riferibili agli istituti del partenariato, che sono riconducibili alle concessioni, e quelli applicabili al contraente generale, che è un'ipotesi di appalto;

- correggere all'art. 3, comma 1, lettera f) la parola "III", riportata due volte, con "IV", in corrispondenza della definizione di "soggetti aggiudicatori".

ARTICOLO 180 (PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO)

Gli articoli 180, 181 e 182 recano un archetipo generale del partenariato pubblico privato contrattuale (di seguito pppc) di cui sono concreta declinazione la finanza di progetto, la locazione finanziaria di opere pubbliche, la concessione di costruzione e gestione, il contratto di disponibilità, nonché le figure di minor rilievo economico, ma di sicuro impatto sociale, del baratto amministrativo e degli interventi di sussidiarietà orizzontale quali forme di partenariato sociale.

Si introduce così una disciplina quadro valevole, oltre che per le figure tipizzate, anche per figure atipiche, definite, nel comma 8 come "qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi che presentino le caratteristiche" descritte nell'art. 180.

In sintesi, partendo dalle ipotesi già normate di contratti di partenariato pubblico privato e dalla descrizione del fenomeno in chiave economica, si è introdotta una disciplina quadro.

Si segnalano sul piano sostanziale due incoerenze.

Il comma 1 dell'art. 180 reca una definizione di partenariato diversa da quella contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. eee): le due definizioni vanno armonizzate, con la scelta di una delle due, o di una sintesi delle due, scelta politica che è rimessa al Governo. Peraltro il Consiglio di Stato ritiene preferibile e più chiara (per quanto ulteriormente semplificabile) la definizione contenuta nell'art. 180, comprensiva anche del partenariato avente ad oggetto opere calde (mentre nella definizione contenuta nell'art. 3 il pppc ha ad oggetto solo opere fredde), che va tuttavia spostata nell'art. 3, facendo nell'art. 180 un mero rinvio.

Sempre al comma 1, ultimo periodo, si consente in termini generali che il contratto abbia ad oggetto anche il progetto di fattibilità e il progetto definitivo.

La disposizione, oltre a creare le premesse per una serie indeterminata di contratti di partenariato pubblico, consente di rimettere al partner privato tutti i livelli di progettazione e non sembra in linea con la

legge delega, che considera un'eccezione la progettazione affidata all'esecutore delle opere, vieta l'appalto concorso e limita il ricorso all'appalto integrato (v. lett. oo) della delega).

A tale valutazione inducono anche ulteriori prescrizioni che si rinvencono nella delega, la quale:

sempre al punto oo) prevede “*l'esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare*”;

al punto tt), recita testualmente: “*al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria*”.

La previsione della delega sembra mutuare il modello già vigente nella finanza di progetto, in virtù del quale, sulla base di previi studi di fattibilità provenienti sia dalla stazione appaltante sia dall'aspirante partner privato, la gara si svolge sulla base di un progetto, con l'effetto che il progetto è un *prius* e non un *posterius* rispetto alla gara.

Coerentemente con detta prospettiva, questo stesso codice, nella finanza di progetto che è uno dei modelli tipici di pppc, lascia il primo livello di progettazione alla stazione appaltante, salvo che nella figura del c.d. proponente (comma 15 dell'art. 183, il proponente propone anche il primo livello della progettazione).

Nel contratto di disponibilità di cui all'art. 188 è espressamente previsto che tutti i livelli di progettazione siano a carico del partner privato.

Tale possibilità sembra esservi pure negli istituti dell'art. 190 (partenariato *latu sensu* sociale, comprensivo del baratto amministrativo e degli interventi di sussidiarietà orizzontale).

Il Consiglio di Stato raccomanda al Governo di valutare con cautela l'opportunità di prevedere in termini generali che le pubbliche amministrazioni possano ricorrere a pppc atipici, rimettendo tutti i livelli di progettazione al partner privato. Siffatta possibilità, se consentita senza puntuali confini, rischia di tradire uno dei principi ispiratori della riforma, quello della separazione tra chi progetta e chi realizza le opere.

Sul piano formale si osserva che:

- al comma 3, secondo periodo, la parola “*Tale*” va sostituita con “*Il contenuto del*”;
- al comma 4, primo periodo, la parola “*nulla*” va sostituita con “*mancata*”;
- al comma 5 va rivista la sintassi e la *consecutio* soggetto-verbo;
- al comma 7, primo periodo, è preferibile sostituire le parole

- “valutazione di ammissibilità ad un contratto” con “valutazione di ammissione a un contratto” ovvero “valutazione di ammissibilità di un contratto”;*
- al comma 7, secondo periodo, le parole *“è condizionata”* vanno sostituite da *“ha luogo previa la”*;
 - al comma 8, va sostituito *“le finanzia”* con *“la finanzia”*;
 - sempre al comma 8 si segnala il refuso *“materia opere”*, da sostituire con *“materia di opere”* e l’opportunità di sostituire l’espressione *“realizzazione di partenariato in materia opere”* con *“realizzazione in partenariato di opere”*.

ARTICOLO 181 (PROCEDURE DI AFFIDAMENTO)

L’art. 181, al comma 1 prevede che la scelta dell’operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo.

Al comma 3 si prevede che la scelta è preceduta da adeguata istruttoria con particolare riferimento alla natura e all’intensità dei diversi rischi presenti nell’operazione di partenariato, anche facendo ricorso a tecniche di valutazione mediante lo strumento del *public sector comparator (PSC)*.

Posto che il PSC costituisce un condivisibile strumento di novità nella disciplina dei contratti pubblici volto a testare se una proposta di investimento attraverso forme di partenariato pubblico privato sia più conveniente rispetto alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto, sembrerebbe più appropriato ricorrere, come già avvenuto per la finanzia di progetto, a una definizione in lingua italiana, che oltretutto risulterebbe più idonea a recepire la dinamica degli strumenti di comparazione.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di sostituire le parole *“public sector comparator”* con *“strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto”*.

Sul piano formale si osserva quanto segue:

- al comma 2, la parola *“Salvo”* va sostituita con *“Salva”*;
- al comma 2, la parola *“previsto”* va sostituita da *“prevista”*;
- al comma 2, va apposta una virgola dopo *“finanziario”*;
- al comma 2, la parola *“disciplino”* va sostituita con *“disciplinino”*;
- al comma 3, le parole *“anche facendo ricorso a”* vanno sostituite da *“anche utilizzando”*.

ARTICOLO 182 (FINANZIAMENTO DEL PROGETTO)

L'art. 182, al comma 1, prevede che il finanziamento dei contratti possa avvenire mediante il ricorso alla finanza di progetto e stabilisce che il contratto deve definire i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio e le conseguenze che potrebbero derivare dall'anticipata estinzione del negozio.

Al comma 3, si prevede che, nel caso in cui dovessero verificarsi fatti non riconducibili all'operatore economico e che incidono sull'equilibrio economico finanziario, si dovrà procedere alla revisione dello stesso, curando la permanenza dei rischi in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relativo al contratto.

Nell'intento di prevenire possibili contenziosi, si segnala al Governo di valutare l'opportunità di far espungere dal testo l'aggettivo "necessaria", che precede la parola "revisione", considerato che l'esito del procedimento di revisione è subordinato alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), valutazione obbligatoria nel caso di opere di interesse statale o finanziate con contributi a carico dello Stato e facoltativa negli altri casi.

Sul piano formale si osserva quanto segue:

- al comma 1, le parole "*mediante il ricorso a*" vanno sostituite da "*utilizzando*";
- al comma 2, va apposta una virgola dopo "*trasferiti*";
- al comma 2 e parole "*del negozio tali da assicurare*" vanno sostituite con "*del contratto, tali da comportare*";
- al comma 3 la parola "*caso*" va sostituita con "*caso*".

ARTICOLO 183 (FINANZA DI PROGETTO)

L'art. 183 riproduce con significative modifiche l'art. 153 d.lgs. n. 163 del 2006 in tema di finanza di progetto.

Il "progetto di fattibilità" (ex progetto preliminare) è ora a cura della stazione appaltante e non del privato. In precedenza era previsto lo studio di fattibilità a cura della pubblica amministrazione e tutta la progettazione, compresa la preliminare, a carico del privato. Nella nuova disciplina compete alla stazione appaltante il progetto di fattibilità (ex preliminare).

Tuttavia nei commi 11 e 13 si utilizzano espressioni dei previgenti commi 11 e 12 dell'art. 153 dell'abrogando codice appalti, che vanno corrette come segue:

- al comma 11, sostituire “*progetto preliminare*” con “*progetto di fattibilità*”;
- al comma 13, sostituire “*studio di fattibilità*” con “*progetto di fattibilità*”.

La nuova codificazione potrebbe essere inoltre l'occasione per una ulteriore “ripulitura” del previgente art. 153, d.lgs. n. 163/2006; in particolare, nel comma 9 e nel comma 15 dell'art. 183 si stabilisce che nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto (rispettivamente: definitivo nel comma 9 e di fattibilità nel comma 15) deve, *inter alia*, “*essere integrato con le specifiche richieste nei decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 5 giugno 2009, nn. 10/09, 11/09 e 12/09 e successive modificazioni*”; si tratta di previsione mutuata dal comma 9 dell'art. 153 d.lgs. n. 163/2006; tuttavia con essa si determina una legificazione di disposizioni ministeriali, che andrebbe evitata, mediante un più generico rinvio a norme tecniche dettate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Si ritiene ancora di dover segnalare alle valutazioni del Governo un'ulteriore criticità che emerge dalla lettura dei commi 4 e 5.

In particolare, il comma 4, riferendosi alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità da realizzarsi attraverso la finanza di progetto, fa obbligo alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95.

Si tratta peraltro di criterio generale per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, prescritto dalle direttive comunitarie e dalla legge delega (punto ff), che guardano con sfavore ai criteri di aggiudicazione del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta. Sennonché, l'applicazione del criterio generale prescritto dall'art. 95 e richiamato dal comma 4, sembrerebbe attenuata dall'incipit del successivo comma 5, che recita testualmente: “Oltre a quanto previsto dall'art. 95 per il caso delle concessioni, l'esame delle proposte è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione”.

Pertanto, sarebbe opportuno precisare nella relazione illustrativa le ragioni

che hanno indotto l'estensore a inserire la prima proposizione del comma 5 dalla parola "Oltre" alla parola "concessioni". Diversamente sarebbe preferibile espungerla.

Non sono stati riprodotti gli attuali commi 15, 16 e 17 dell'art. 153 d.lgs. n. 163/2006 che contemplavano la proposta in caso di inerzia della stazione appaltante nella pubblicazione dei bandi di lavori già inseriti nell'elenco annuale. Se l'opzione è condivisibile quanto alla mancata riproduzione delle complesse procedure e sub procedure ivi contemplate, sembra tuttavia non condivisibile la mancata riproduzione del presupposto di utilizzo della finanza di progetto (ossia l'inerzia nella pubblicazione di bandi inerenti lavori già compresi negli strumenti di programmazione), laddove viene riprodotto invece l'ulteriore presupposto di utilizzo (per opere non comprese negli strumenti di programmazione).

Se la finanza di progetto è uno strumento di apporto collaborativo dei privati, sembra da consentire in entrambe tali ipotesi: non inserimento dell'opera negli strumenti di programmazione; inerzia della p.a. nella pubblicazione dei bandi relativi a opere già inserite negli strumenti di programmazione. Tanto in ossequio al criterio di delega che chiede la valorizzazione degli strumenti di partenariato pubblico privato.

Si potrebbe recuperare la previsione omessa (limitatamente al presupposto dell'inerzia della p.a.), con opportune modifiche al comma 15 dell'art. 183.

ARTICOLO 186 (PRIVILEGIO SUI CREDITI)

Nell'art. 186 comma 3 si fa menzione della pubblicità nel foglio annunci legali, il c.d. FAL.

Al riguardo si segnala che il foglio annunci legali è stato abrogato dall'art. 31 della legge n. 340/2000 con effetto dal 9 marzo 2011.

In particolare, l'art. 31 comma 4, di detta legge dispone che, ove negli atti normativi si faccia riferimento al FAL, la pubblicazione avviene in GURI. Pertanto, le parole "nel foglio annunci legali" andrebbero sostituite con le parole "nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana", anche se in difetto di tale sostituzione, il riferimento al FAL dovrebbe essere inteso in via esegetica come riferimento alla GURI.

Nella consapevolezza dell'inesistenza giuridica del FAL e della sua sostituzione *ex lege* con la GURI, si rimette al Governo di valutare se la pubblicazione in GURI dell'atto di costituzione del privilegio sia ancora una pubblicità adeguata e moderna, o non vada sostituita o

integrata con una pubblicità su sito informatico (ad esempio di ANAC, MIT, profilo del committente).

ARTICOLO 188 (CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ)

Nell'art. 188, il comma 5 afferma, nel contratto di disponibilità, la libertà delle varianti al progetto e in corso d'opera da parte dell'affidatario, e la loro approvazione da parte dell'affidatario. Si mutua così, in modo invariato e integrale, la già vigente disciplina del contratto di disponibilità, recata dall'art. 160-ter, dell'abrogando codice appalti, inserita in via di novella nel 2012 e modificata nel 2014. La circostanza che l'opera sia costruita a rischio dell'affidatario, non significa che le varianti siano indifferenti per l'amministrazione: sono nella piena libertà dell'affidatario le varianti finalizzate a una "maggiore economicità di costruzione o gestione". Tale tipo di varianti, se soddisfa l'interesse del costruttore, non necessariamente garantisce una migliore qualità dell'opera, e della sua fruizione da parte della pubblica amministrazione. Un'opera che sia più economica non necessariamente assicura la stessa qualità.

Si rimette alla valutazione di opportunità riservata al Governo ogni considerazione sulla coerenza di tale più liberale regime con la più restrittiva disciplina delle varianti, che è uno dei principi ispiratori del nuovo codice appalti.

Si potrebbe circoscrivere la libertà dell'affidatario inserendo, dopo le parole "nel rispetto del capitolato prestazionale", le parole "*quanto a qualità, tempistica, costi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice*"; nonché inserendo dopo le parole "*previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice*", le parole, "*la quale può, entro trenta giorni, motivatamente opporsi ove non rispettino il capitolato prestazionale*".

ARTICOLO 189 (SUBENTRO)

La collocazione nella parte IV dall'art. 189, che disciplina in modo simile al contenuto del vigente art. 159 del codice appalti, il subentro di altro operatore economico nel caso di risoluzione di una concessione per cause imputabili al concessionario, sembra rafforzare l'interpretazione che le disposizioni del subentro si applicano agli

operatori economici titolari di un contratto di partenariato e che in tal senso vada letto il comma 4 dell'articolo.

Ove, poi, il Governo intenda incidere anche sulla disciplina delle concessioni, le disposizioni recate dall'art. 189 dovrebbero essere collocate, ai fini sistematici, nell'ambito della Parte III, che riunisce le norme relative ai contratti di concessione, con l'aggiunta nella parte IV di un rinvio a questi ultimi, in modo che la disciplina del subentro possa estendersi ai contratti di partenariato.

Quanto al comma 4, che fa riferimento alla definizione di contratto di partenariato pubblico privato, di cui all'art. 3, comma 1, lett. eee) si richiama quanto già considerato con riferimento al comma 1 dell'art. 180.

ARTICOLO 190 (BARATTO AMMINISTRATIVO E INTERVENTI DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE)

L'art. 190, comma 2, nell'ambito dei contratti di partenariato sociale, prevede che le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, possono essere affidati in gestione, per quanto concerne la manutenzione, con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni e su cui insistono i suddetti beni o aree, nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento.

La disposizione riproduce l'art. 4, comma 4, della legge n10/2013, che viene perciò abrogato, ma restano nell'art. 4 citato i commi 5 e 6 che da soli sono monchi, perché rinviano al comma 4 che viene abrogato. Pertanto, o vanno abrogati senza riproduzione, o vanno riprodotti nel comma 2 del presente articolo.

Trattasi di scelta politica, in quanto i citati commi 5 e 6 prescrivono un consorzio tra i cittadini del comprensorio, e incentivi a tali consorzi sotto forma di riduzione dei tributi propri regionali. Spetta al Governo scegliere se consentire gli interventi di tale comma ai cittadini anche non in consorzio o solo consorziati.

ARTICOLO 191 (CESSIONE DI IMMOBILI IN CAMBIO DI OPERE)

L'art. 191 riproduce con alcune modifiche i commi 6 e 7 dell'art. 53 dell'abrogando codice appalti, in materia di trasferimento ai privati di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice in cambio di opere.

Il comma 3 dell'art. 191 stabilisce altresì che il bando di gara può prevedere che il trasferimento della proprietà dell'immobile e la conseguente immissione in possesso dello stesso avvengano in un momento anteriore a quello dell'ultimazione dei lavori, previa presentazione di idonea polizza fideiussoria per un valore pari al valore dell'immobile medesimo

Diversamente, il previgente art. 53 prevede la possibilità di anticipata immissione in possesso, ma non anche di anticipato trasferimento della proprietà, che può aver luogo soltanto dopo il collaudo.

Se il trasferimento della proprietà copre il corrispettivo totale, il trasferimento della proprietà, anticipato rispetto all'esecuzione del contratto, appare difforme dalla disciplina generale sul pagamento per stati di avanzamento, e la pubblica amministrazione appaltante potrebbe essere meno garantita.

Al riguardo si segnala l'opportunità di una clausola di prudenza, che consenta, in alternativa al trasferimento della proprietà, di anticipare la sola immissione in possesso, quando si tratti del corrispettivo integrale, ovvero un rafforzamento della garanzia (ad es. ipoteca sull'immobile trasferito, in luogo della polizza fideiussoria).

Ai fini della semplificazione del quadro normativo e della concentrazione nel codice degli appalti delle vigenti disposizioni che attengono alla cessione d'immobili pubblici in cambio di prestazioni, si suggerisce di valutare anche l'opportunità di abrogare l'art. 6, comma 1, del decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, in legge 8 novembre 2012, n. 189, che contempla un'ipotesi specifica di cessione di immobili in cambio di opere di natura ospedaliera.

ARTICOLO 192 (REGIME SPECIALE DEGLI AFFIDAMENTI IN HOUSE)

La disciplina degli affidamenti *in house* è contenuta negli artt. 5 e 192 dello schema qui in esame.

L'art. 5, che trova la propria collocazione nel titolo II della parte I, dedicato ai *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione* del

codice, enuncia i principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico, ed attua le generali previsioni dall'art. 17 della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni, dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e dall'art. 28 della direttiva 2014/25/UE sugli appalti pubblici nei settori speciali, disposizioni di eguale tenore e finalità, recanti una disciplina di principio che tratteggia solo nelle sue linee essenziali le caratteristiche salienti e, per così dire, il minimo comun denominatore del vasto e complesso fenomeno dell'*in house*, ben noto, pur al di là della molteplicità ed eterogeneità dei singoli tipi, all'esperienza giuridica di numerosi ordinamenti nazionali in ambito europeo.

L'art. 192, invece, costituisce specifica attuazione di ulteriori criteri contenuti nella legge delega che (oltre a prevedere, nella lett. iii) un ulteriore limite, introdotto dal legislatore nazionale, all'operatività dell'*in house* in materia di concessioni - e, cioè, 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 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica), impone, in termini generali per gli affidamenti *in house*:

- l'istituzione, a cura dell'ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house* o che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire affidamenti diretti;
- la previsione di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza anche per gli affidamenti *in house*;
- la previsione che anche negli affidamenti diretti *in house* sia compiuta la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione (lett. eee) dell'art. 1 della legge delega).

La disposizione dell'art. 192, comma 1, prevede infatti che sia istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

Il secondo periodo del comma 1 stabilisce, poi, che l'iscrizione a questo elenco, nelle modalità e secondo i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto, consente di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale.

Rimane estranea alle previsioni del codice in materia di *in house* la disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, e delle condizioni e limiti entro cui queste ultime possono costituire o partecipare a società, affidata all'attuazione della specifica delega di cui all'art. 18 della l. 124/2015 mediante apposito decreto legislativo, il cui schema recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*" è stato approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 20.1.2016.

A sua volta l'art. 4, dello schema di decreto legislativo citato, nell'elencare le finalità che giustificano la costituzione o partecipazione a società da parte di amministrazioni pubbliche, indica anche "*l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento*" (art. 4, comma 1, lett. d) dello schema).

Sicché per li presupposti dell'affidamento diretto a società partecipate (per l'autoproduzione di beni o servizi strumentali), il decreto sulle società pubbliche rinvia al codice dei contratti pubblici in ossequio alle pertinenti direttive.

Le previsioni dell'art. 192 hanno una portata generale, non circoscritta alla sola società pubblica di progetto prevista nel successivo art. 193, secondo un rapporto di *genus ad speciem* tra le due disposizioni.

Questo giustificherebbe, sul piano sistematico, la collocazione del contenuto dell'art. 192 all'interno dell'art. 5 o subito dopo di esso.

Inoltre, la figura soggettiva di diritto pubblico dell'*in house*, ha uno schema organizzativo aperto, duttile, multiforme, che consiglia di sostituire alla parola "*proprie società*", usata nell'art. 192, l'espressione "*propri soggetti in house di cui all'articolo 5*", conformemente, del resto, alla generale previsione dell'art. 5, che appunto prevede e disciplina detti soggetti.

Questa dizione appare preferibile perché non ingenera dubbi sul fatto che i soggetti, presi in considerazione dall'art. 192, siano i medesimi dell'art. 5 e non altri, restituendo maggior coerenza e chiarezza, in questo modo, al dettato normativo.

Si aggiunge che lo stesso art. 5 dello schema non utilizza l'espressione *in house*, sicché si pone la necessità di armonizzare e uniformare il linguaggio legislativo, eventualmente introducendo, anche nel dettato normativo dell'art. 5, l'espressione *in house* che, del resto, ricorre espressamente nella lett. eee) della legge delega, ovvero utilizzando, in tutti gli

articoli rilevanti (3, 5, 192) una equivalente espressione in lingua italiana.

Maggiori perplessità desta la previsione dell'art. 192, comma 1, secondo periodo, laddove prevede che l'iscrizione all'elenco istituito presso l'ANAC consenta di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale.

La previsione non sembra interpretare correttamente il principio contenuto nella lett. eee) della legge delega, la quale nel suo ultimo periodo non riconosce efficacia costitutiva, ma meramente dichiarativa all'iscrizione nell'albo, prevedendo espressamente che *“la domanda di iscrizione consente all'ente aggiudicatore, sotto la propria responsabilità, di conferire all'ente con affidamento in house, o soggetto al controllo singolo o congiunto o al collegamento, appalti o concessioni mediante affidamento diretto”*.

Si suggerisce, pertanto, la modifica dell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 192 con il seguente periodo: *“L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che ne sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. Nelle more la domanda di iscrizione consente all'ente aggiudicatore, sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale, dandone avviso almeno dieci giorni prima dell'affidamento all'ANAC, che può inibirne in via provvisoria l'efficacia, ove non sussistano i requisiti previsti dall'art. 5”*.

La previsione della comunicazione all'ANAC nelle more dell'iscrizione, nel prevenire eventuali condotte elusive da parte dell'ente che abbia fatto domanda, consentirebbe all'Autorità di poter monitorare e controllare, comunque, l'affidamento diretto, potendo inibirne provvisoriamente l'efficacia, anche prima di aver concluso il procedimento finalizzato all'iscrizione, ove non ritenga sussistenti i requisiti dell'art. 5 per l'affidamento *in house*.

L'art. 192, comma 2, impone alle stazioni appaltanti, per l'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, l'obbligo di dare conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento, delle ragioni del mancato ricorso al mercato nonché dei benefici, per la collettività, della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché, ancora e infine, di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Si tratta di un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche.

ARTICOLO 193 (SOCIETÀ PUBBLICA DI PROGETTO)

L'art. 193 mutua dall'art. 172 dell'abrogando d.lgs. n. 163/2006 la previsione della società pubblica di progetto. Il comma 1 dell'art. 193 fa impropriamente riferimento al progetto preliminare, ma quest'ultima espressione è stata sostituita, nella sistematica definitoria del nuovo codice (v., tra gli altri, l'art. 183, comma 1, e soprattutto l'art. 201, comma 5, dello schema di decreto legislativo), da quella del progetto di fattibilità, sicché occorre sostituire l'inattuale espressione "*progetto preliminare*", con quella "*progetto di fattibilità*".

ARTICOLO 194 (AFFIDAMENTO A CONTRAENTE GENERALE)

L'art. 194 dello schema di decreto legislativo, mutuando la relativa disciplina dall'art. 176 dell'abrogando d.lgs. 163/2006, contempla l'istituto dell'affidamento al contraente generale (*general contractor*), che presenta tuttavia alcune significative modifiche rispetto al modello della precedente normativa.

La figura del contraente generale non ha una connotazione autonoma nelle direttive comunitarie, rientrando nella lata nozione di appalto di lavori, nella declinazione della sua "*esecuzione con qualsiasi mezzo*".

La legge delega, invece, contiene alcuni punti specifici relativi all'affidamento dell'appalto al contraente generale.

Essa dispone, in particolare, alla lett. ll) che "*è vietata, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l'attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori allo stesso contraente generale o soggetto collegato*".

La lett. mm) della legge delega prevede, in particolare, la creazione, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possano ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, prevedendo specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità e la loro nomina nelle procedure di appalto mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo, altresì, che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati.

Il principio è stato recepito nel comma 8 dell'art. 102, disposizione generale dedicata ai *controlli sull'esecuzione e collaudo*.

In sede di esame dell'art. 196 si formuleranno osservazioni sul coordinamento dei due articoli.

Il comma 9 della legge delega, con disposizione autonoma e immediatamente precettiva, ribadisce il divieto della lett. ll), in via transitoria, anche per le procedure già *in itinere* per le quali non sia stato stipulato il contratto, prevedendo che, a decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa legge, è comunque vietata negli appalti pubblici di lavori, affidati a contraente generale ai sensi dell'art. 176 del d.lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni, l'attribuzione di compiti di responsabile o di direttore dei lavori allo stesso contraente generale.

Il menzionato divieto si applica, secondo quanto prevede sempre il comma 9 della legge delega, anche alle procedure di appalto già bandite alla data di entrata in vigore della presente legge, "*incluse quelle già espletate per le quali la stazione appaltante non abbia ancora proceduto alla stipulazione del contratto con il soggetto aggiudicatario*".

Inoltre la lett. oo) della delega, con previsione di ambito tendenzialmente generale, pone il principio dell'esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare.

Si tratta di una scelta del legislatore attinente al merito politico.

Sul piano della legittimità comunitaria, anzitutto, è noto come le direttive comunitarie non pongano limiti all'affidamento contestuale di progettazione e di esecuzione a uno stesso soggetto e, in particolare, nella figura del contraente generale (che costituisce una esecuzione con qualsiasi mezzo o c.d. chiavi in mano).

Sul piano dell'opzione formulata dalla legge delega, la stessa, da un lato, pone quale criterio, nel recepimento delle direttive, il divieto di *gold plating* (e, cioè, di introdurre livelli di regolazione più severi), ma, dall'altro lato, pone in termini generali il principio del divieto di gare affidate sulla base del solo progetto preliminare (lett. oo) della delega).

L'attuazione della legge delega ha seguito l'opzione del divieto di affidamento del progetto definitivo al contraente generale.

Rispetto, dunque, alla disciplina recata dall'art. 176 del d.lgs. n. 163/2006 la delega ha imposto requisiti più stringenti:

a) il contraente generale non ha più la direzione dei lavori né i compiti del RUP;

b) il contraente generale non espleta la progettazione definitiva, ma solo quella esecutiva.

In tal senso depone il comma 2, lett. a), dell'art. 194, che demanda al contraente generale il solo progetto esecutivo, laddove la corrispondente previsione dell'art. 176 e dell'art. 177 comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, gli demandava anche il progetto definitivo, ove lo stesso non fosse già stato messo a base di gara.

E depone in tal senso, con previsione ancor più inequivoca, l'art. 195, comma 2, secondo cui a base di gara si pone il progetto definitivo.

Ciò premesso, dunque, si osserva che il comma 3, lett. a) dell'art. 194 dispone che *“il soggetto aggiudicatore provvede: a) alle attività necessarie all'approvazione del progetto definitivo, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara”*.

La previsione è interamente mutuata dall'art. 176 del d.lgs. n. 163/2006 che è, tuttavia, dettato in un contesto regolatorio in cui al contraente generale può essere affidata anche la progettazione definitiva, che viene perciò espletata dal contraente generale e deve essere approvata dal soggetto aggiudicatore.

Posto che nella nuova disciplina, come si desume dal comma 2, lett. a) interpretato alla luce della legge delega, al contraente generale compete la sola progettazione esecutiva, la disposizione del comma 3, lett. a), è priva di apprezzabile significato e deve essere espunta.

Un'analogha questione si pone con riferimento al comma 20, in cui si parla di progettazione definitiva rimessa al contraente generale, laddove questo è escluso secondo la lettura del citato comma 2, lett. a), e dell'art. 195, comma 2.

Il comma 5, nel suo *incipit*, dispone che *“Alle varianti del progetto affidato al contraente generale non si applicano gli articoli 63, 64 e 108”*.

La corrispondente previsione contenuta nell'art. 176 del d.lgs. n. 163/2006 dichiara inapplicabili gli artt. 56, 57, 132, ossia le disposizioni sulla procedura negoziata con e senza bando e sulle varianti.

Ora, invece, si dichiarano inapplicabili, oltre alla disposizione sulle varianti, le disposizioni sulla procedura negoziata senza bando e sul dialogo competitivo.

È demandata al Governo l'opportunità di verificare se sia una scelta

consapevole o un refuso e, in generale, l'utilità di dichiarare inapplicabili gli artt. 63 (*procedura negoziata senza previa pubblicazione*) e 64 (*dialogo competitivo*).

Occorre qui rilevare infatti che, quando le procedure concorsuali non mirano unicamente alla convenienza dei prezzi o alla minimizzazione dei costi, ma anche all'individuazione della soluzione più innovativa o vantaggiosa, dovrebbero tenersi presenti la natura del mercato delle opere pubbliche, dei compiti dell'Amministrazione e, non ultimi, i caratteri peculiari della procedura di aggiudicazione, improntati, per la realizzazione di grandi opere, a criteri di flessibilità che lascino il più ampio margine di manovra all'apprezzamento tecnico-discrezionale da parte dell'Amministrazione per il soddisfacimento dell'interesse pubblico in concreto affidato alla sua cura.

Una soluzione, che si rimette alla valutazione del Governo, sarebbe appunto quella di valorizzare il dialogo competitivo, reso invece inapplicabile dal comma 5, poiché esso consente al soggetto aggiudicatore di avviare un dialogo con i candidati al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati saranno invitati a presentare le offerte.

Nel comma 7 si fa riferimento a requisiti di qualificazione "*prescritti dal regolamento*", essendo stato mutuato tal quale il comma 7 del corrispondente articolo del d.lgs. n. 163/2006.

Non essendo più previsto un regolamento, nel nuovo assetto della materia voluto dal legislatore, devono essere espunte le parole "*prescritti dal regolamento*".

Il comma 7 richiama l'applicazione dell'art. 105, in tema di subappalto, e aggiunge che "*il soggetto aggiudicatore richiede al contraente generale di individuare e indicare, in sede di offerta, le imprese esecutrici di una quota non inferiore al trenta per cento degli eventuali lavori che il contraente generale prevede di eseguire mediante affidamento a terzi*".

Tale previsione, mutuata tal quale dalla corrispondente previsione del d.lgs. n. 163/2006, aveva la sua rilevanza autonoma nel sistema dell'abrogando codice, perché l'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006 in tema di subappalto non prevedeva, in termini generali, la necessità di indicare i nomi dei subappaltatori in sede di offerta.

Ora l'art. 105, comma 6, del nuovo codice prevede in termini generali che l'offerente indichi una terna di nominativi.

Si tratta allora di valutare se abbia ancora ragion d'essere tale autonoma previsione per il contraente generale, che ha comunque

una sua specificità e maggior rigore (indicazione dei nominativi e non solo di una terna di nomi), da un lato, ma anche, dall'altro lato, minore rigore (obbligo di indicazione solo per quota del 30% dei lavori da subappaltare e non per l'intero importo).

Sul piano tecnico, quanto all'art. 105, comma 6, vi sono due opzioni in funzione della scelta di merito riservata al Governo:

a) sopprimere l'intero inciso *“Il soggetto aggiudicatore richiede al contraente generale di individuare e indicare, in sede di offerta, le imprese esecutrici di una quota non inferiore al trenta per cento degli eventuali lavori che il contraente generale prevede di eseguire mediante affidamento a terzi”*, così rendendo applicabile la sola disciplina generale;

b) premettere al periodo le parole *“fatto salvo quanto disposto dal comma 6 dell'articolo 105”*, in modo che sia chiaro che resta l'obbligo della terna di nomi per l'intero importo dei lavori da subappaltare, e che per un 30% di essi vi è in più l'obbligo di dare i nomi specifici.

Diversamente, lasciando la disposizione nella sua formulazione attuale, la stessa si atterrebbe a disposizione speciale e prevalente sull'art. 105, comma 6, che resterebbe inapplicabile e, dunque, con l'effetto di un minor rigore per il contraente generale rispetto alle altre tipologie di appalti, sotto il profilo dell'importo dei lavori da subappaltare per i quali indicare già in sede di offerta i nominativi dei subappaltatori.

I commi 11 e 13 rinviano al comma 14 per la cessione dei crediti del contraente generale e stabiliscono che il soggetto aggiudicatore non può opporsi alla cessione dei crediti che presenti i requisiti formali del comma 14 (atto scritto e notificato).

La previgente corrispondente disposizione poneva, tuttavia, quale ulteriore condizione per l'opponibilità della cessione del credito al soggetto aggiudicatore, che si trattasse di cessione ai sensi dell'art. 117 del d.lgs. n. 163/2006, ossia di una cessione fatta a soggetti che professionalmente svolgessero l'attività di acquisto di crediti.

Ora l'art. 117 viene riprodotto con modifiche nell'art. 106, comma 14 del nuovo codice (dove si esige la comunicazione delle cessioni di credito all'ANAC e l'accettazione espressa da parte delle stazioni appaltanti), ma l'art. 106, comma 14, non è richiamato nella sede del contraente generale, con la conseguenza che qualunque cessione di credito effettuata dal contraente generale, anche a soggetti non professionalmente svolgenti attività di acquisto di crediti, diventa opponibile al soggetto aggiudicatore, senza che questo possa opporsi e senza necessità di comunicazione all'ANAC.

Compete al Governo valutare se sia questo il risultato che si è voluto perseguire.

Ove si tratti di un refuso, occorrerebbe integrare il comma 14 come segue: “*Le cessioni di crediti possono essere effettuate ai soggetti di cui all’articolo 1, comma 1, lettera c), legge 21 febbraio 1991, n. 52*”. Valuterà il Governo anche se si intende estendere alla disciplina del contraente generale il citato art. 106, comma 14.

Sul piano formale, infine, si osserva che:

a) nel comma 1 dovrebbero sostituirsi le parole “*gara fronte*” con “*gara a fronte*”;

b) nel comma 3, lett. e), ultimo periodo, si dovrebbero le parole “*ai sensi dell’articolo sulla finanza di progetto*” con le parole “*ai sensi dell’articolo 183*”.

ARTICOLO 195 (PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DEL CONTRAENTE GENERALE)

L’art. 195 riproduce in parte l’art. 177 del d.lgs. n. 163/2006, imponendo la motivazione specifica per il ricorso al contraente generale ed escludendo la possibilità di porre a base di gara un progetto preliminare. Esso elimina altresì, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso, in linea con l’opzione delle nuove direttive, che configurano quale criterio generale di aggiudicazione quello dell’offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo.

In particolare il comma 4, in ordine al criterio di aggiudicazione all’offerta economicamente più vantaggiosa, riproduce i parametri di valutazione già recati dal corrispondente comma 4 dell’art. 177 del d.lgs. n. 163/2006.

Le nuove direttive comunitarie, come recepite dall’art. 95, fissano tuttavia in modo più analitico i parametri di valutazione del rapporto qualità/prezzo, indicando i criteri ambientali e sociali, qui del tutto mancanti.

Spetta alla scelta di merito amministrativo/politico del Governo valutare se lasciare invariati i generici criteri enunciati dal comma 4 dell’art. 195 o se, invece, modificare la disposizione operando un semplice richiamo ai più dettagliati e moderni criteri di cui all’art. 95, comma 6.

ARTICOLO 196 (COLLAUDO)

L’art. 196 reca la disciplina del collaudo.

La lett. mm) della legge delega prevede, in particolare, la creazione, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possano ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, prevedendo specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità e la loro nomina nelle procedure di appalto mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo, altresì, che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati.

Il principio è stato recepito nel comma 8 dell'art. 102, disposizione generale dedicata ai *controlli sull'esecuzione e collaudo*.

Esso prevede che per gli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale è istituito, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore.

La loro nomina nelle procedure di appalto avviene mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo, altresì, che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati.

La disposizione prevede che con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti siano disciplinate le modalità di iscrizione all'albo e di nomina e che, fino all'istituzione dell'albo, possano svolgere il ruolo di direttore dei lavori e di collaudatore i soggetti in possesso dei requisiti di cui alla vigente normativa, ferma restando l'incompatibilità con la funzione di responsabile unico del procedimento.

La *sedes materiae* più opportuna per la previsione della relativa disciplina non pare essere quella generale, bensì quella speciale dell'art. 196, sicché si suggerisce di spostarla dall'art. 102, comma 8, all'art. 196 che, (re)intitolato (*Controlli sull'esecuzione e collaudo*), potrebbe essere così formulato:

“1. È vietata al soggetto aggiudicatore l'attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori o di collaudatore allo stesso contraente generale o a soggetto collegato.
2. Al collaudo delle infrastrutture si provvede con le modalità e nei termini previsti dall'articolo 102.

3. *Per le infrastrutture di grande rilevanza e complessità il soggetto aggiudicatore può autorizzare le commissioni di collaudo ad avvalersi dei servizi di supporto e di indagine di soggetti specializzati nel settore. Gli oneri relativi sono a carico dei fondi a disposizione del soggetto aggiudicatore per la realizzazione delle predette infrastrutture con le modalità e i limiti stabiliti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. L'affidatario del supporto al collaudo non può avere rapporti di collegamento con chi ha progettato, diretto, sorvegliato o eseguito in tutto o in parte l'infrastruttura.*

4. *Per gli appalti pubblici di lavori, aggiudicati con la formula del contraente generale, è istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore.*

5. *La loro nomina nelle procedure di appalto avviene mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo, altresì, che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati.*

6. *Con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sono disciplinate le modalità di iscrizione all'albo e di nomina.*

7. *Fino all'istituzione dell'albo di cui al comma 4, possono svolgere il ruolo di direttore dei lavori e di collaudatore i soggetti in possesso dei requisiti di cui alla vigente normativa, ferma restando l'incompatibilità con la funzione di responsabile unico del procedimento”.*

ARTICOLO 197 (SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DEL CONTRAENTE GENERALE)

L'art. 197 disciplina il sistema di qualificazione del contraente generale.

Fermo quanto si osserverà *sub art.* 199, si rileva in questa sede che il comma 4 dell'art. 197 prevede che oltre ai generali requisiti di qualificazione, per il contraente generale occorrono ulteriori requisiti specifici. L'ultimo periodo del comma 4 dispone che *“Tali ulteriori requisiti possono essere determinati con linee guida a carattere vincolante adottate dall'ANAC”*. Trattandosi di linee guida vincolanti, la previsione di esse sembra debba essere espressa in termini di doverosità e non di mera facoltà. Pertanto le parole *“possono essere”* vanno sostituite con la parola *“sono”*.

ARTICOLO 199 (GESTIONE DEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DEL CONTRAENTE GENERALE)

L'art. 199 disciplina la qualificazione del contraente generale.

Dal combinato disposto dell'art. 199, che rinvia all'art. 197, che a sua volta rinvia all'art. 84, si desume che si è inteso sostituire l'attuale sistema di qualificazione del contraente generale, gestito dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con il sistema generale di qualificazione tramite SOA, sotto la vigilanza dell'ANAC.

L'art. 84, peraltro, non sembra aver fatto una scelta definitiva in favore del sistema di qualificazione a cura delle SOA, come si evince dai commi 3 e 12.

Il comma 3 affida all'ANAC una revisione straordinaria delle attuali SOA, da compiersi entro tre mesi, e all'esito della quale revisione *“l'ANAC relaziona sugli esiti di detta ricognizione straordinaria al Governo e alle Camere, allo scopo di fornire elementi di valutazione circa la rispondenza del sistema attuale di qualificazione unica a requisiti di concorrenza e trasparenza, anche in termini di quantità degli organismi esistenti ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di attestazione”*.

A sua volta il comma 12 dispone che *“entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, vengono individuate modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate ai sensi dell'articolo 38, per migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici”*.

Si rimette perciò al Governo la valutazione circa l'opportunità di dismettere immediatamente il sistema di qualificazione dei contraenti generali gestito dal Ministero delle infrastrutture o, se del caso, all'esito delle attività prescritte dai commi 3 e 12 dell'art. 84.

Nel comma 2, inoltre, sarebbe opportuno sostituire le parole *“in caso di ritardo nel rilascio l'attestazione scaduta resta valida”* con *“in caso di ritardo nel rilascio, imputabile alla SOA, l'attestazione scaduta resta valida”*.

In tal senso deponiva, infatti, l'art. 192, d.lgs. n. 163/2006.

Diversamente ogni ritardo, anche imputabile al contraente generale, darebbe a quest'ultimo il vantaggio della perdurante efficacia dell'attestazione scaduta.

ARTICOLO 200 (DISPOSIZIONI GENERALI)

L'art. 200 reca le disposizioni generali sulle infrastrutture e sugli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese.

La disciplina della materia attua i principi della legge delega contenuti nelle lett. ll) e sss).

Si prevede, in particolare, il superamento del sistema introdotto dalla c.d. legge obiettivo, una ricognizione delle opere in programma e una nuova programmazione e riallocazione delle risorse, fondata sul Piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL), quale specifica declinazione *in subiecta materia* della generale previsione, recata dall'art. 2, commi 1 e 7, del d.lgs. N. 228/2011, e sul Documento Pluriennale di Pianificazione (DPP), con vincolo a comprendere nella nuova programmazione solo gli interventi per i quali vi siano obbligazioni giuridicamente vincolanti.

Si segnala, nel comma 2 dell'art. 200, il refuso "*anche della Struttura tecnica di missione di missione*", che deve essere sostituito con le parole "*anche avvalendosi della struttura tecnica di missione*".

ARTICOLO 203 (MONITORAGGIO DELLE INFRASTRUTTURE E DEGLI INSEDIAMENTI PRIORITARI)

L'art. 203, comma 1, prevede che con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, siano individuate le procedure per il monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa.

Nelle more dell'adozione del decreto, come prevede l'art. 203, comma 1, continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Ministro dell'interno 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 5 marzo 2004, n. 54, anche alle opere soggette a tale monitoraggio alla data di entrata in vigore del codice.

Il decreto in oggetto ha istituito, ai sensi dell'art. 15, comma 4, del d.lgs. n. 190/2002 il Comitato di coordinamento per l'Alta sorveglianza delle grandi opere.

Il decreto del 14.3.2003 ha subito successive modifiche, di cui ai decreti interministeriali del 24.6.2005, del 7.11.2007, del 12.7.2010, del 13.8.2014 e del 6.8.2015, non pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale e nemmeno, allo stato, sul sito del Ministero dell'interno (v., in particolare, il Comunicato del Ministero dell'interno del 22.9.2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 22.9.2015, n. 220).

Occorre pertanto che nel comma 1 dell'art. 203, dopo le parole “*decreto del Ministero dell'interno 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 5 marzo 2004, n. 54*” siano aggiunte le parole “*e successive modifiche*”.

Valuti, inoltre, il Governo, se prevedere nel presente comma, nelle more del nuovo decreto interministeriale, anche la perdurante applicazione del D.M.15.4.2002 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, anch'esso pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 5 marzo 2004, n. 54, e recante, a sua volta, l'istituzione del Servizio per l'Alta sorveglianza delle grandi opere presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

ARTICOLO 204 (RICORSI GIURISDIZIONALI)

L'art. 204 reca la nuova disciplina del rito accelerato in tema di appalti.

Il comma 1 è ripetitivo dell'art. 120, comma 1, cod. proc. amm., salva una mera variante lessicale relativa agli atti dell'ANAC (non più “connessi” ma “ad essi riferiti”, e cioè agli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici); sarebbe pertanto maggiormente rispondente a criteri di chiarezza e buona tecnica legislativa intervenire in via diretta sulla disposizione dell'art. 120, come per il comma 2, lett. a), che aggiorna la denominazione dell'Autorità di settore a quella attuale. Le successive lettere del comma 2 introducono il rito speciale in camera di consiglio per gli atti di esclusione di ammissione e di nomina della commissione. Il nuovo rito dà adito ai seguenti rilievi.

1) Coerenza con la legge delega (art. 1, comma 1, lett. bbb)

Nel criterio direttivo di cui alla citata disposizione si prevede la immediata impugnazione solo per “*i provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione*”, mentre nello schema delegato si impone di impugnare immediatamente anche il provvedimento di nomina della commissione di gara. Vista la natura eccezionale del rito, derogatorio rispetto ai termini e alle regole generali, si impone un'attuazione non estensiva della delega. Si propone quindi di eliminare il riferimento alla “composizione della commissione” nell'enumerazione delle materie interessate dal processo speciale in esame. L'espunzione è anche coerente con la *ratio* del nuovo rito, volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione.

Si rileva inoltre che l'ambito della delega è circoscritto alla individuazione di atti immediatamente impugnabili e relativo rito, e non tocca altri profili del vigente rito recato dall'art. 120.

Con la tecnica di sostituzione del vigente comma 2 dell'art. 120 cod. proc. amm., in luogo dell'inserzione di un comma 2-*bis*, viene di fatto soppressa una disposizione avente a sua volta portata acceleratoria.

In particolare, il vigente art. 120, comma 2, recita: “2. *Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto.*”

Tale previsione, introdotta nel 2010, costituiva puntuale recepimento degli artt. 2-*septies* par. 1 lett. b), direttiva 89/665/CEE e 2-*septies*, par. 1, lett. b) direttiva 92/13/CEE che consentono agli Stati membri di prevedere un termine massimo per il ricorso impugnatorio, anche quando sia stata omessa la pubblicità degli atti di gara, fatte salve le azioni risarcitorie.

Trattasi di previsione di chiusura, a tutela della stabilità della procedura di gara, che lascia impregiudicata sia la tutela risarcitoria che l'autotutela.

Peraltro, su tale previsione, già all'epoca della sua introduzione, il Consiglio di Stato in sede consultiva aveva manifestato alcune perplessità, non essendovi altri casi, nell'ordinamento italiano, in cui si fissa un termine ultimo per la tutela impugnatoria nel caso in cui l'interessato non sia stato posto in condizione di conoscere l'atto (come accade quando, illegittimamente, manchi la pubblicità del bando).

Di recente, la Corte giust. UE, con riferimento alla legislazione dello Stato austriaco, ha affermato che “*il diritto dell'Unione europea, segnatamente il principio di effettività, osta ad una normativa nazionale che subordina la proposizione di un ricorso diretto ad ottenere il risarcimento danni per violazione di una norma in materia di appalti pubblici al previo accertamento dell'illegittimità della*

procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione per mancata previa pubblicazione di un bando di gara, qualora tale azione di accertamento di illegittimità sia soggetta ad un termine di decadenza di sei mesi a partire dal giorno successivo alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, indipendentemente dalla circostanza che colui che propone l'azione fosse o meno in grado di conoscere l'esistenza" [C. giust. UE, 26.11.2015 C-166/14]. Nell'ordinamento italiano la tutela risarcitoria non è subordinata alla previa azione di impugnazione o di accertamento dell'illegittimità, sicché l'attuale comma 2 dell'art. 120 cod. proc. amm. non sembra esporsi a censure di illegittimità comunitaria.

Di fatto, sinora, tale disposizione non ha avuto una significativa pratica applicazione, essendo disposizione di chiusura, per i casi in cui sia illegittimamente mancata la pubblicità del bando. Prevedendosi nel nuovo codice svariate ipotesi di procedura negoziata senza bando, la conservazione di tale previsione potrebbe avere la sua utilità per i casi in cui le stazioni appaltanti abbiano utilizzato tale procedura senza bando fuori dai casi consentiti e vengano proposti ricorsi volti a far valere proprio il vizio di mancata pubblicazione del bando. Con la norma di chiusura, tali ricorsi impugnatori non potrebbero comunque essere proposti decorsi sei mesi dalla stipulazione del contratto, fatta salva la tutela risarcitoria. Eliminando la norma di chiusura, i ricorsi potrebbero essere proposti nel termine di trenta giorni dalla piena conoscenza degli atti, che potrebbe avvenire anche ben oltre il termine di sei mesi dalla stipulazione del contratto, determinando ora per allora la caduta dell'intera procedura.

Si rimette alla valutazione del Governo se mantenere l'attuale formulazione dell'art. 204, che comporta la eliminazione del vigente comma 2 dell'art. 120, ovvero, come di seguito si propone, lasciare in vita il citato comma 2 dell'art. 120 del cod. proc. amm., inserendo in un comma 2-bis le nuove previsioni in ordine all'onere di immediata impugnazione di ammissioni e esclusioni. Si rileva che la coesistenza della norma precedente con quella nuova non richiede alcun raccordo, essendo entrambe reciprocamente autonome.

2) Conformità con i principi costituzionali ed europei in punto di giusto processo ed effettività della tutela giurisdizionale

2.a) Nel fissare la decorrenza del termine per impugnare dalla pubblicazione degli atti si trascura, con specifico riguardo ai

provvedimenti di ammissione e esclusione, che la norma non è coordinata con il diritto di accesso agli atti della procedura di gara, né con la disciplina delle informazioni ai candidati, ed in particolare con l'art. 76, comma 2, dello schema di decreto, che al fine di attuare l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale nella materia dei contratti pubblici attribuisce al concorrente escluso il diritto di conoscere entro quindici giorni dalla relativa istanza i motivi di atti di gara tra i quali non sono compresi i provvedimenti di ammissione alle successive fasi.

Quindi, sulla base dell'esigenza che i ricorsi nella materia siano efficaci (art. 2-quater della direttiva 665/89/CEE, come introdotto dalla direttiva 2007/66/CE; cfr. Corte Giust. UE, 12 marzo 2015, C 538/13, 8 maggio 2014, C-161/13), la giurisprudenza amministrativa nazionale correla la "conoscenza" ex art. 120, comma 5, cod. proc. amm. dalla quale sorge l'onere di impugnativa a un'adeguata conoscenza delle ragioni dei provvedimenti lesivi, eventualmente attraverso l'accesso agli atti di gara [Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2016, n. 408, 18 gennaio 2016, n. 119, 6 maggio 2015, n. 2274, 24 marzo 2014, n. 1438, 14 maggio 2013, n. 2614; sez. VI, 14 marzo 2014, n. 1296, 11 febbraio 2013, n. 896].

Né appare da sola sufficiente la previsione recata nell'art. 29, comma 1, in ordine alla pubblicità data sulla sezione Amministrazione trasparente del profilo di committente degli elenchi di ammessi e esclusi, occorrendo anche rendere nota, ai candidati e concorrenti, la relativa motivazione.

Si suggerisce, pertanto, di intervenire con opportune modifiche nell'art. 76, e di raccordo nell'art. 29, al duplice fine: che le stazioni appaltanti esternino in un provvedimento motivato le ammissioni e le esclusioni; che i candidati siano resi edotti di tale provvedimento e possano accedere tempestivamente agli atti del subprocedimento di ammissione, al fine della tutela giurisdizionale.

2.b) Valuterà poi il Governo l'opportunità di una ulteriore previsione, cui si fa cenno solo in questa sede, senza proporre una formulazione testuale, che imponga alle stazioni appaltanti di indicare sin dal bando di gara la data entro cui verrà reso noto il provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni.

Nel meccanismo proposto da questo Consiglio di Stato, tale ulteriore adempimento – che certo potrebbe avere effetti di utilità in termini di maggior certezza dei tempi della procedura – non pare necessario per assicurare l'effettività della tutela.

Va, pertanto, valutato dal Governo se i vantaggi di tale ulteriore adempimento siano o meno superiori ai rischi di un aggravio procedimentale e di contenzioso nel caso di suo mancato rispetto.

3) *Congruenza con gli obiettivi di deflazione del contenzioso e di celerità delle procedure di gara*

Per l'appello i termini, in particolare quello lungo di 3 mesi, sono rimasti invariati, mentre sarebbe stata maggiormente coerente con l'impianto complessivo dell'intervento una previsione *ad hoc* (come avvenuto in passato con l'art. 23-bis l. n. 1034/1971, introdotto dalla l. n. 205/2000, e come si prevede oggi nel rito elettorale di cui all'art. 129 cod. proc. amm.).

4) *Criticità rispetto al diritto di difesa e la razionalità complessiva del procedimento*

La limitazione del ricorso cumulativo (comma 11-bis introdotto nell'art. 120), in caso di gare a più lotti, al solo caso di censure identiche, al dichiarato scopo di razionalizzare il rito speciale in esame, rischia di tradursi in un sacrificio al diritto di difesa, aggravato dal rilevante peso del contributo unificato, per obiettivi di politica legislativa, tale da ingenerare sospetti di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost.

5) *Giudizio cautelare*

In relazione al giudizio cautelare, l'art. 204 introduce, in ossequio alla legge delega, un comma 8-*ter* nell'art. 120 cod. proc. amm.: si tratta di previsione che richiede al giudice, in sede di bilanciamento degli interessi in sede cautelare, di tener conto delle disposizioni degli artt. 121, comma 1, e 122 cod. proc. amm. La previsione può essere ritenuta una esplicitazione dei parametri già utilizzati in sede di bilanciamento, attraverso un giudizio prognostico.

Quanto, invece, al rito "superspeciale" previsto per le ammissioni e le esclusioni, la tutela cautelare diventa, di fatto e nella ordinarietà

dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione.

In tale prospettiva si comprende perché l'art. 204, nel novellare il comma 8 dell'art. 120 cod. proc. amm., relativo alla tutela cautelare, fa “*salvo quanto previsto al comma 6-bis*”.

Tuttavia tale inciso, se rispondente alla *ratio* della ordinaria non necessità della tutela cautelare nel rito “superspeciale”, dà luogo a dubbi sul piano dei principi comunitari e costituzionali in tema di indefettibilità della tutela cautelare. Difatti, la tutela cautelare non può essere preclusa *ex ante*, in via generale, anche ove, di fatto, ed ordinariamente, *ex post* non sia necessaria.

Sicché, potrebbe essere opportuno sopprimere la lett. f) del comma 2 dell'art. 204.

6) *Motivazione per relationem della sentenza di appello*

Il comma 2, lett. i) novella il comma 10 dell'art. 120 stabilendo che nel giudizio di appello la sentenza di rigetto può essere motivata richiamando le argomentazioni della sentenza del Tar. La norma non appare del tutto rispettosa della portata costituzionale del doppio grado di giudizio, una decisione di appello motivata *per relationem* può non soddisfare le parti, che cercherebbero altri rimedi (revocazione, opposizione di terzo, ricorso per cassazione), con effetto opposto a quello perseguito (chiudere la lite in tempi brevi). Né la previsione appare particolarmente deflattiva ove si consideri che soccorrono già le disposizioni esistenti, contenute nell'art. 120, sulla sentenza resa in forma semplificata.

7) *Considerazioni ulteriori*

La sottoposizione dei concorrenti all'onere di un doppio giudizio (prima quello preliminare sugli atti di ammissione ed esclusione, quindi quello finale sull'esito della gara) pone l'esigenza equitativa di ridurre significativamente (si può pensare a un dimezzamento) l'entità del contributo unificato per il contenzioso a valle.

Non è riprodotta la previsione della informativa preventiva della volontà di proporre un ricorso (art. 243 *bis* del codice dei contratti pubblici). Va svolta una riflessione finale sull'utilità dell'eliminazione di un istituto animato da chiari fini deflattivi.

Sul piano formale si segnala che a rigore, la parte del decreto legislativo che "novella" il CPA dovrebbe essere fuori dal codice, o inserita tra le norme di coordinamento; tecnicamente è possibile. Si ribadisce, infine, il carattere ripetitivo del comma 1 dell'art. 204 rispetto all'art. 120, comma 1, cod. proc. amm.

Inoltre:

1) **nel comma 2, lett. b):**

a) vi è un erroneo rinvio all'art. 76 del codice che non disciplina i requisiti di partecipazione;

b) l'ambito della disposizione sul piano linguistico va uniformato al comma 1 ("procedure di affidamento", e non "gara", "procedura di gara" che è concetto più ristretto);

c) l'*incipit* di una disposizione di un codice processuale non può essere "*al fine di razionalizzare il processo in materia di opere pubbliche*", che costituisce piuttosto la finalità dell'intervento legislativo;

d) si fa riferimento a una pubblicazione della lista degli esclusi/ammessi sul profilo di committente che non è regolata né nell'art. 76, né nell'art. 53 del codice, occorre perciò dettare disposizioni nella sede pertinente (che sembrerebbe l'art. 76);

e) la immediata lesività e impugnazione viene riferita ai "*vizi*" anziché, come è più esatto, ai "*provvedimenti*"; inoltre si definiscono "*ricorribili*" anziché, come sarebbe più corretto dal punto di vista del linguaggio giuridico-normativo, "*impugnabili*", i provvedimenti di ammissione, esclusione e nomina della commissione;

f) l'ultimo periodo va soppresso perché è superflua la previsione di inammissibilità dell'impugnazione contro gli atti endoprocedimentali privi di carattere lesivo, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria, trattandosi di regola generale e consolidata del processo amministrativo;

g) non c'è bisogno di scrivere che gli atti vanno impugnati "*davanti al giudice amministrativo*" perché la disposizione fa parte del codice del processo amministrativo;

2) **nel comma 2, lett. d)**, sarebbe più corretta e chiara un'unica proposizione, anziché le due previste per il termine per il deposito dei documenti dopo l'ordinanza istruttoria e la fissazione della successiva udienza; il termine per l'istruttoria prefissato dalla legge in tre giorni potrebbe in concreto non essere congruo, sicché andrebbe lasciato un margine di flessibilità;

3) **nel comma 2, lett. g)**, si segnala che l'espressione "*nella decisione cautelare il giudice tiene conto del disposto dell'articolo 121, comma 1, e dell'articolo 122, motivando in ordine alla sussistenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto*" è ridondante e potrebbe essere sostituita, senza modifiche sostanziali, con la seguente: "*nella decisione cautelare il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione*";

4) **nel comma 2, lett. h)** la formulazione secondo cui le parti possono chiedere "*l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni*", sebbene sia già presente, con riferimento al rito avverso l'aggiudicazione, nel medesimo comma 9 (dove è stata introdotta con il d.l. n. 90/2014) è ambigua e deve essere corretta per entrambi i riti, in quanto non si comprende a cosa si riferisca il termine dei due giorni, se alla richiesta di parte di pubblicazione del dispositivo, o al dovere del giudice di pubblicare il dispositivo;

5) **nel comma 2, lett. l)**, nel riformulare il comma 10 dell'art. 120, si richiama un comma 1-bis di quest'ultima disposizione non esistente e non introdotto con quella in esame; inoltre, andrebbe meglio chiarito quali sono le disposizioni applicabili in appello, anche emendando omissioni del d.l. n. 90/2014: non si comprende perché i commi 8-bis e 8-ter, afferenti alla tutela cautelare, non siano richiamati in appello;

6) **nel comma 2, lett. m)**, l'espressione motivi di "*gravame*" è un arcaismo non utilizzato nel linguaggio legislativo: è opportuno sostituire con "*ricorso*"; l'*incipit* di una disposizione processuale non può essere la

motivazione dell'intervento legislativo per cui vanno soppresse le parole "*Al fine di razionalizzare il processo nelle materie di cui ai commi 1 e 2*".

Si suggerisce pertanto la completa riformulazione dell'art. 204 e la connessa modifica dell'art. 76 come segue:

Art. 204

1. All'articolo 120 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1 le parole "*nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*" sono sostituite dalle parole "*nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti*";

b) dopo il comma 2 è aggiunto il seguente *2-bis*)

2-bis. Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice degli appalti pubblici e delle concessioni. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.";

c) al comma 5, le parole: "*Per l'impugnazione*" sono sostituite dalle seguenti: "*Salvo quanto previsto al comma 6-bis, per l'impugnazione*";

d) dopo il comma 6 è inserito il seguente:

6-bis. Nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o

l'udienza possono essere rinviate solo per esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni, salvi i casi in cui per la complessità comprovata dell'adempimento sia necessario un termine maggiore, decorrente dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione dell'ordinanza; l'ordinanza che dispone rinvio per istruttoria, termini a difesa o integrazione del contraddittorio, fissa la nuova camera di consiglio o udienza non oltre quindici giorni dopo la scadenza del termine assegnato per tali adempimenti, nel rispetto dei termini difensivi. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione, o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla pubblicazione della sentenza.”;

e) al comma 7, le parole: “I nuovi” sono sostituite dalle seguenti: “Ad eccezione dei casi previsti al comma 2-bis, i nuovi”;

~~f) al comma 8, le parole: “Il giudice” sono sostituite dalle seguenti: “Salvo quanto previsto al comma 6-bis, il giudice”;~~

f) dopo il comma 8-bis, è inserito il seguente:

“8-ter. Nella decisione cautelare il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione”;

g) al comma 9 le parole “, ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni. “ sono sostituite dalle parole “; le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza.”; è inserito, dopo il primo periodo del comma 9, il seguente: “Nei casi previsti al comma 6-bis, il tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza entro sette giorni dalla udienza, pubblica o in camera di consiglio, di discussione; le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza.”;

h) al comma 11, le parole: “Le disposizioni dei commi 3, 6, 8 e 10” sono sostituite dalle seguenti: “Le disposizioni dei commi 2-bis, 3, 6, 6-bis, 8, 8-bis, 8-ter, 9, secondo periodo e 10”;

i) dopo il comma 11 è inserito il seguente:

“11-bis. Nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto.”.

In via consequenziale e in coerenza con le riformulazioni sopra proposte, **nell'art. 76** dopo il comma 2 inserire il comma seguente e rinumerare i commi successivi:

“Fermo quanto previsto nell’articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l’ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”

CAPO II RIMEDI ALTERNATIVI ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE (ARTT. 205-211)

ARTICOLI 205 E 206 (ACCORDO BONARIO)

Gli artt. 205 e 206 disciplinano l’accordo bonario, rispettivamente per i lavori (oggi artt. 240 e 240-bis cod. contratti pubblici) e per i servizi e le forniture, in attuazione del criterio direttivo contenuto nella legge delega finalizzato alla razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale [art. 1, comma 1, lett. aaa)].

Vanno svolti i seguenti rilievi:

- nel caso dei servizi e forniture la procedura il metodo di risoluzione alternativo in esame diviene esperibile per tutte le controversie insorgenti nella fase esecutiva del contratto ed aventi ad oggetto “la corretta valutazione dell’esattezza della prestazione pattuita” (art. 206); la formula è tuttavia ridondante, essendo più corretto riferirsi all’“esatta esecuzione delle prestazioni dovute”;
- in un contesto volto all’ampliamento dell’ambito di operatività dell’istituto ne è precluso il suo impiego per gli aspetti progettuali “che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell’art. 26” (art. 205, comma 2. terzo periodo);

ARTICOLO 207 (COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO)

L’art. 207, al fine di razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, introduce l’istituto del collegio consultivo tecnico, con lo scopo di prevenire le controversie che potrebbero sorgere in sede di esecuzione del contratto ed in particolare con “funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell’esecuzione del contratto” (comma 1). Così definito, il presupposto non risulta

espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di dispute (espressione atecnica) che si prevede possano nascere. La norma, in particolare, non chiarisce se ricorso al collegio consultivo costituisca un sistema alternativo all'accordo bonario e come i due istituti si rapportino tra loro. Infine tale previsione potrebbe influire sui compiti della Camera arbitrale e pone problemi di compatibilità con il criterio di delega di cui alla lett. aaa), art. 1 n. l. 11/2016.

Alla luce di tali profili di criticità si propone la soppressione della norma

ARTICOLO 208 (TRANSAZIONE)

L'art. 208 conferma l'istituto della transazione, con carattere di generalità per le controversie relative a diritti soggettivi, al di fuori dei casi definibili con accordo bonario ed attraverso il collegio consultivo tecnico.

Le soglie al superamento delle quali è richiesto il parere dell'Avvocatura dello Stato (impropriamente definito "parere in via legale" anziché parere tout court) sono graduate a seconda che si tratti di lavori o altri tipi di contratto (rispettivamente 200 e 100 mila euro). Il parere dell'Avvocatura deve essere reso nei soli confronti delle amministrazioni centrali, mentre per le altre si prevede il ricorso ai legali interni. Sotto questo profilo è ravvisabile un profilo di irragionevolezza della norma perché, nonostante la ricorrenza di identica ratio, il parere dovrebbe essere escluso per le amministrazioni diverse da quelle centrali nel caso in cui l'amministrazione non abbia al proprio interno un servizio legale, e dunque verrebbe meno un apporto consultivo in base ad una scelta discrezionale di carattere organizzativo. Sarebbe quindi opportuno prevedere che il parere, in questi casi, possa essere reso da un legale esterno o, similmente a quanto previsto dall'attuale art. 239, terzo comma, del codice dei contratti pubblici, dal funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso.

Non è più prevista la forma scritta a pena di nullità (comma 4 del citato art. 239), che invece sarebbe opportuno mantenere, quanto meno per le amministrazioni aggiudicatrici, per l'esigenza di rispetto dei principi generali di diritto amministrativo sulla forma dei contratti della pubblica amministrazione.

ARTICOLI 209 E 210 (ARBITRATO)

Con gli artt. 209 e 210, in conformità al criterio direttivo enunciato alla

lett. aaa) dell'art. 1, comma 1, della legge delega, l'arbitrato in materia di contratti pubblici viene ricondotto all'ANAC, attraverso la camera arbitrale istituita presso questa Autorità.

Nella medesima linea, al fine di garantire il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità richiesti dal citato criterio direttivo, rispetto all'abrogando art. 242 cod. contratti pubblici vengono richiamate le cause di incompatibilità valevoli per il pubblico impiego e si pone il divieto di assumere incarichi dalle parti dei giudizi arbitrali, anche in via ultrattiva (tre anni dalla scadenza dell'incarico di arbitro).

L'ambito di applicazione dell'arbitrato amministrato dalla Camera presso l'ANAC viene ampliato ai contratti di concessione ed appalto di cui sia parte una società a partecipazione pubblica, o da essa controllata o collegata alla medesima, nonché ogniqualvolta il contratto sia finanziato con risorse pubbliche (art. 209, comma 1). Tuttavia, per questa parte la norma è ripetitiva dell'art. 1, comma 20, della legge "anticorruzione" (n. 190 del 2012), pur richiamata, e non se ne comprende pertanto l'utilità.

Rispetto alla disciplina abroganda si introduce l'obbligo sanzionato a pena di nullità di ottenere l'autorizzazione per l'inserimento nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito a formulare l'offerta della clausola compromissoria e per il deferimento della controversia ad arbitri (art. 209, comma 3). La disposizione è tuttavia ridondante e potrebbe essere formulata nei seguenti termini, tenuto conto che la nullità della clausola si ripercuote sull'atto di deferimento: "E' nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito". Deve inoltre essere specificata la competenza a rilasciare l'autorizzazione.

Il comma 4 dell'art. 209 disciplina la nomina del collegio arbitrale, prevedendo che il collegio di tre membri sia nominato dalla Camera arbitrale, previa designazione di quelli di parte ad opera di queste, mentre la scelta del presidente rimane riservata all'organismo (la norma è mal formulata dal punto di vista grammaticale: "Il Presidente del collegio arbitrale è nominato e designato dalla Camera arbitrale, scegliendolo tra i soggetti iscritti all'albo...": è sufficiente limitarsi ad enunciare la designazione, mentre va espunto il gerundio "scegliendolo").

L'art. 11 del medesimo art. 209 specifica in modo superfluo che il mancato rispetto dei termini perentori comporta la decadenza.

ARTICOLO 211 (PARERI DI PRECONTENZIOSO DELL'ANAC)

L'art. 211 prevede due strumenti in funzione deflattiva del contenzioso.

Articolo 211, comma 1

Nel comma 1, una rilevante novità del decreto delegato è rappresentata dalla riconduzione del parere di precontenzioso dell'ANAC nell'ambito dei rimedi alternativi alla giurisdizione, relativamente alle "questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara". Previa dichiarazione di consenso delle parti, si attribuisce al parere carattere vincolante per le parti, stabilendosi che esso "obbliga le parti ad attenersi a quanto in esso stabilito", a condizione tuttavia che tale parere sia "adeguatamente motivato" (comma 1).

Questo metodo alternativo di risoluzione delle controversie pone problemi e merita approfondimenti sul piano della compatibilità con la delega e sul versante dell'armonizzabilità con il principio di indisponibilità dell'interesse legittimo, da ultimo confermato dall'art. 12 del codice del processo (che limita alle posizioni aventi la consistenza di diritto soggettivo la compromettibilità in arbitri delle controversie devolute al giudice amministrativo).

Per assicurare la compatibilità con la Costituzione e con la delega è necessario evitare la trasformazione di questa procedura in un rimedio alternativo alla giurisdizione amministrativa. E' quindi opportuna la precisazione dell'impugnabilità del parere vincolante, che in realtà è una decisione a dispetto del *nomen*, innanzi agli organi della giustizia amministrativa. Si propone, pertanto, l'aggiunta del seguente periodo alla fine del primo comma: "*Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo*".

Per rafforzare l'impegno delle parti al rispetto del parere a cui esse stesse abbiano preventivamente acconsentito e scongiurare liti temerarie, potrà prevedersi che in caso di rigetto del ricorso contro il parere dell'ANAC, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 del codice del processo amministrativo.

Sul piano della certezza del diritto è da valutare inoltre se sia opportuno far dipendere la vincolatività di tale decisione da un giudizio di valore come la sussistenza di un'adeguata motivazione. E' evidente, infatti,

l'anomalia di una vincolatività a “geometria variabile”, dipendente dallo spessore motivazionale. Occorre pertanto eliminare le parole “, purché adeguatamente motivato,”.

Il parere, secondo l'art. 211 comma 1, vincola le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito: resta fermo che il vincolo non riguarda altri concorrenti, che potrebbero avere interesse a opporsi alla soluzione precontenziosa tra la stazione appaltante e un solo concorrente (c.d. controinteressati).

La norma, infine, difetta di una disciplina dei termini. Ciò potrebbe non rendere agevole conciliare il procedimento finalizzato all'emissione del parere con le esigenze di speditezza della procedura di gara.

In conclusione, l'art. 211 comma 1 potrebbe essere sostituito come segue:

“1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro il termine fissato dall'ANAC con proprie linee guida. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.”

Articolo 211, comma 2

Il secondo comma della disposizione in esame attribuisce all'ANAC un potere di invito nei confronti delle stazioni appaltanti ad agire in autotutela. Il potere di raccomandazione così introdotto è presidiato da una sanzione amministrativa pecuniaria (da 250 a 25.000 euro) nei confronti del dirigente responsabile e dalla previsione della sua incidenza sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti ex art. 36 dello schema di decreto.

In questo caso la “copertura” della legge delega è rappresentata dal criterio direttivo contenuto nella citata lett. t), secondo il quale la vigilanza è esercitata attraverso “poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio”.

Tuttavia la formulazione attuale presenta significative criticità:

a) sul piano della compatibilità con il sistema delle autonomie, in quanto introduce un potere di sospensione immediata e uno di annullamento

mascherato che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Consulta con la sentenza 14 febbraio 2013, 20, pronunciata sull'art. 21 *bis* della legge n. 287/1990;

b) sul crinale della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, in quanto la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria. Si crea in questo modo una sorta di responsabilità da atto legittimo.

È da preferire allora una riformulazione in chiave di controllo collaborativo, ispirata alla disciplina dettata dall'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, compatibile con i principi costituzionali e con i limiti della legge delega, che parla di "controllo" al fine di giustificare il potere dell'ANAC, usando una locuzione coincidente con la qualificazione usata dalla Consulta con riguardo alla legittimazione processuale conferita dall'art. 21 *bis* cit. all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20].

Nell'attuale formulazione del codice, il meccanismo opera per qualsivoglia atto di gara.

Valuterà il Governo se non sia preferibile limitarne l'operatività ai soli atti più importanti, quali i bandi, gli altri atti generali, nonché atti di gara per appalti di particolare rilevanza.

Da un lato, si potrebbe ritenere che solo con riferimento ad atti di portata generale, o in caso di appalti di importi particolarmente elevati, la lesione dei valori concorrenziali e delle regole di evidenza pubblica giustifichi la "discesa in campo" dell'Autorità di settore con una impugnativa giurisdizionale. Tanto, anche in considerazione dei problemi organizzativi che può determinare un generalizzato potere di sollecito all'autotutela e la conseguente sistematica presenza dell'Autorità in giudizio.

Per contro, si potrebbe rilevare che la *mission* dell'ANAC è la generale vigilanza sui contratti pubblici (come confermato dalla lett. t) della delega), per cui si giustificerebbe la previsione di un generalizzato potere di sollecito dell'autotutela in caso di atti di gara illegittimi, secondo il modello "generalista" già ora seguito dallo schema.

In caso di opzione per un potere di impugnazione generalizzato, va comunque considerata la facoltà dell'ANAC di selezionare le procedure su cui intervenire. Tale potere selettivo potrebbe essere, se del caso, ulteriormente definito in apposite linee guida dell'ANAC di individuazione *ex ante*, in via di autolimitazione, delle tipologie di casi in cui il potere di raccomandazione viene esercitato.

Si suggerisce pertanto la seguente formulazione alternativa, la prima più restrittiva e la seconda più generale (il comma 3 della seconda formulazione è puramente facoltativo):

1) “1. L’Anac è legittimata ad agire in giudizio contro i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, di qualsiasi stazione appaltante che violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

2. L’Anac, se ritiene che un atto del comma 1 sia affetto da un vizio di legittimità emette, entro sessanta giorni, un parere motivato nel quale indica gli specifici profili della violazioni riscontrate. Se la stazione appaltante non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere l’Autorità può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Ai giudizi di cui al periodo precedente si applica l’articolo 120 del codice del processo amministrativo”.

2) “1. L’Anac è legittimata ad agire in giudizio contro i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti di qualsiasi stazione appaltante che violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

2. L’Anac, se ritiene che un atto del comma 1 sia affetto da un vizio di legittimità emette, entro sessanta giorni, un parere motivato nel quale indica gli specifici profili della violazioni riscontrate. Se la stazione appaltante non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere l’Autorità può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Ai giudizi di cui al periodo precedente si applica l’articolo 120 del codice del processo amministrativo.

3. L’Anac con proprie linee guida può individuare i casi, o le tipologie di provvedimenti, di cui al comma 1 in relazione ai quali esercitare i poteri di cui al comma 2 ”.

ARTICOLO 212 (INDIRIZZO E COORDINAMENTO)

L’art. 212 istituisce presso la P.C.M. la Cabina di regia, affidandole rilevanti compiti di monitoraggio e coordinamento.

In conformità a quanto osservato nella parte generale, cui si rinvia, occorre implementare nel presente articolo i poteri di monitoraggio della Cabina di regia in ordine alla fase attuativa della riforma, attribuendole i compiti di impulso e coordinamento per l’adozione degli atti attuativi e dei decreti correttivi.

Pertanto si suggerisce, nel comma 1, di inserire, dopo la lettera a), le seguenti:

*“a-bis) provvedere, per le stesse finalità di cui alla lettera a) e anche in base alle risultanze della ricognizione ivi prevista, al monitoraggio e alla verifica dell’impatto delle disposizioni del presente codice e dei suoi atti attuativi, integrando se del caso le regole vigenti per la Valutazione dell’impatto della regolazione (VIR);
a-ter) curare, se del caso con apposito piano di azione, la fase di attuazione del presente codice coordinando l’adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, al fine di assicurarne la tempestività, la coerenza reciproca, la qualità della normazione, il rispetto del divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice, la raccolta in testi unici integrati, organici e omogenei;”*

ARTICOLO 213 (AUTORITA’ NAZIONALE ANTICORRUZIONE)

L’art. 213 definisce le funzioni ed i poteri dell’ANAC nella materia dei contratti pubblici, attribuendo all’Autorità istituita con il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, i compiti di vigilanza, controllo e di “*regolazione*” (comma 1). Per la realizzazione delle finalità fondamentali del settore - efficienza e qualità dell’attività delle stazioni appaltanti – sono tra l’altro attribuiti all’ANAC i poteri:

- di emanare *linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile*”, con possibilità di successiva trasmissione alle Camere degli atti “*ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto della regolamentazione*” (comma 2);
- di irrogare sanzioni nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono senza giustificato motivo di collaborare nell’attività di acquisizione di informazioni e che non ottemperano alle richieste delle stazioni appaltanti di comprova dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento, o forniscono dati ed informazioni false; in entrambi i casi con la fissazione dei limiti edittali minimi e massimi (comma 13).

Sulla natura delle linee guida dell’ANAC, questo parere si è già soffermato ampiamente nella parte generale, giungendo alla conclusione che esse non si possono configurare alla stregua di regolamenti (atti normativi) bensì alla stregua di atti di regolazione (atti amministrativi generali), con tutte le conseguenze in tema di garanzie sostanziali e procedurali da osservare (in termini di obblighi di consultazione, di AIR e di VIR, di codificazione

delle linee guida nella stessa materia), elencate ampiamente *retro* e da considerare qui come integralmente riportate nella veste di osservazioni all'art. 213.

In sintesi, al fine di fissare un punto di equilibrio tra le esigenze di delegificazione e di flessibilità che permeano la nuova disciplina, da un lato, e i tradizionali canoni di certezza e coerenza del sistema delle fonti dall'altro lato, è opportuno che:

a) nel caso di linee guida ministeriali contenenti norme generali e astratte si valuti l'attribuzione espressa del nome "regolamento" ed il richiamo all'art. 17 della citata legge n. 400 del 1988;

b) per le materie di competenza regionale, sia inoltre prevista la cedevolezza a favore delle fonti normative di questi livelli di governo;

c) le fonti di regolamentazione flessibile di carattere vincolante siano definite all'art. 213, comma 2, primo periodo, quali atti di "regolazione flessibile", e comunque, quando riferita all'ANAC, la parola: "*regolamentazione*" dovrebbe essere sempre sostituita da quella: "*regolazione*" (tali due diversi termini sono, invece, ancora utilizzati indifferentemente all'interno del codice);

d) alla medesima disposizione, siano previsti successivi alinea nei quali si demandi all'ANAC di disciplinare il procedimento di formazione dei propri atti di regolazione secondo i principi di qualità della regolazione seguiti dalle autorità amministrative indipendenti e più ampiamente descritti nella parte generale (in termini di obblighi di consultazione, di AIR e di VIR, di codificazione delle linee guida nella stessa materia) e del divieto di *gold plating*, sopra richiamati, e siano sempre trasmessi alle Camere; sia quindi prevista un'adeguata disciplina in materia di pubblicità degli atti, anche mediante pubblicazione nella Gazzetta ufficiale.

Una considerazione finale – non svolta nella parte generale – deve essere effettuata anche con riguardo al potere sanzionatorio dell'ANAC.

Il citato comma 13 dell'art. 213 in esame conferma l'impianto normativo (pre)vigente (art. 6, comma 11, dell'abrogando codice n. 163/2006), ma ad esso si affiancano due disposizioni che operano un rinvio:

a) in un caso (art. 83, comma 10: omessa o tardiva denuncia di richieste estorsive da parte degli appaltatori di lavori), "in bianco", ad atti dell'ANAC recanti la previsione di "*misure sanzionatorie amministrative*";

b) nell'altro caso (art. 84, comma 10, violazione delle linee guida in materia di organismi di attestazione SOA), indeterminato, alle sanzioni contenute nel comma 13 del medesimo art. 213, il quale contempla due fattispecie e due correlative sanzioni.

Le disposizioni in esame vanno riconsiderate alla luce del principio di legalità vigente in materia di sanzioni amministrative (art. 1, l. 24 novembre 1981, n. 689), rispettivamente nella duplice declinazione della riserva di legge e della determinatezza della sanzione applicabile.

Occorre, inoltre rimarcare che per il potere sanzionatorio dell'ANAC i limiti edittali devono essere contenuti già nel codice, che deve anche tracciare i principi del procedimento sanzionatorio, se del caso con richiamo ai principi di l. 689/1981.

Va, infine, prevista una norma generale e di chiusura nell'art. 213, che indichi il procedimento e i presupposti di legalità sostanziale delle linee guida ANAC, e del suo potere sanzionatorio.

Si suggerisce la seguente riformulazione del comma 2 dell'art. 213:

“2. L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitoli-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione a carattere vincolante e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'Autorità innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione degli atti di competenza, e in particolare per l'emanazione delle linee guida a carattere vincolante, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice”.

ARTICOLO 216 (DISPOSIZIONI TRANSITORIE E DI COORDINAMENTO)

Nell'art. 216, il comma 1 fissa un usuale regime transitorio generale,

in virtù del quale le disposizioni del codice emanando saranno applicabili alle procedure e ai contratti i cui bandi ed avvisi siano pubblicati successivamente all'entrata in vigore di quest'ultimo (ed a quelli per i quali non siano stati ancora inviati gli inviti in caso di mancata pubblicazione).

In deroga al criterio generale il comma 2 prevede specifici regimi transitori nelle more dell'emanazione di una serie di decreti ministeriali o linee guida dell'ANAC previsti dal codice. In particolare:

- d.m. di cui all'art. 22, comma 3, relativo ai progetti di lavori pubblici da sottoporre a dibattito pubblico;
- d.m. di cui all'art. 23, comma 3, quanto ai contenuti dei vari livelli della progettazione;
- d.m. di cui all'art. 24, comma 2, quanto ai requisiti delle forme organizzate di professionisti esterni all'amministrazione;
- d.m. di cui all'art. 38, comma 2, in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti;
- linee guida dell'ANAC di cui all'art. 83, comma 2, quanto alla qualificazione degli operatori economici;
- d.m. di cui all'art. 89, comma 11, in tema di opere superspecialistiche;
- d.m. di cui all'art. 102, comma 9, in tema di collaudo;
- d.m. di cui all'art. 111, comma 2, in tema di direzione dei lavori;
- d.m. di cui all'art. 146 comma 2, relativo alla qualificazione per i lavori relativi a beni culturali.

Come si evince anche dall'inciso iniziale del comma 1 dell'art. 216, nel codice esistono molte altre disposizioni transitorie, e cioè:

- art. 21, commi 8 e 9, in tema di programmazione dei contratti pubblici;
- art. 24, comma 11, quanto al d.m. della giustizia in tema di tariffe dei progettisti;
- art. 36, comma 7, in tema di regime degli appalti sotto soglia fino all'emanazione delle linee guida dell'ANAC;
- art. 73, comma 1, in tema di pubblicità di bandi e avvisi sulla piattaforma dell'ANAC e sulla Gazzetta ufficiale;
- art. 77 comma 12, sulle commissioni di gara;
- d.m. di cui all'art. 81, comma 2, per i dati relativi ai requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento il cui inserimento nella Banca dati degli operatori economici è obbligatorio;
- art. 102, comma 8, sull'albo dei responsabili lavori, direttori lavori e collaudatori in caso di affidamento a contraente generale;
- art. 144, comma 2, concernente le linee di indirizzo nazionale per i servizi di ristorazione;

- art. 159, comma 4, relativamente agli appalti nel settore della difesa.

Ciò premesso, si rileva che il codice contiene anche altri rinvii a successivi atti attuativi; in particolare:

- d.m. di cui all'art. 23, comma 13, relativo ai tempi di introduzione dell'obbligatorietà dell'utilizzo di metodi e strumenti elettronici nella progettazione;

- d.m. di cui all'art. 25, comma 2, recante i criteri di tenuta dell'elenco degli istituti universitari competenti in materia di verifica preventiva dell'interesse archeologico;

- d.p.c.m. di cui all'art. 25, comma 13, recante procedimenti semplificati per la verifica preventiva dell'interesse archeologico;

- linee guida dell'ANAC di cui all'art. 36, comma 7, per il miglioramento della qualità delle procedure di affidamento di contratti "sotto soglia";

In talune di tali ipotesi non appare necessario un regime transitorio, specie laddove si tratti di atti attuativi facoltativi (ad esempio: il d.m. previsto dall'art. 34, comma 3, relativo a criteri di sostenibilità energetica e ambientale; le linee guida dell'ANAC concernenti le prove che le stazioni appaltanti possono utilizzare per l'inaffidabilità dei concorrenti alle procedure di affidamento).

Ma vi sono alcune ipotesi in cui sembrerebbe necessario prevedere un regime transitorio, sicché si invita il Governo a una valutazione specifica.

Si segnalano, in particolare:

- art. 25, comma 2, prevede che con d.m. si fissano i criteri per l'albo ivi previsto; tuttavia, atteso che l'albo già esiste, occorrerebbe fare salvi, nelle more del d.m., l'albo esistente e i criteri per la sua tenuta;

- art. 37, comma 5, prevede un d.p.c.m. relativo ai criteri di aggregazione per l'affidamento di appalti da parte dei Comuni non capoluogo di Provincia; andrebbe chiarito il regime transitorio di affidamento degli appalti da parte di tali Comuni;

- art. 81, comma 2, demanda a un d.m. l'individuazione dei dati da inserire nella Banca dati centralizzata presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; anche in tal caso sembra necessario prevedere un regime transitorio;

- art. 209, comma 16, demanda a un d.m. i criteri per i compensi degli arbitri, mentre l'art. 209 fissa direttamente solo l'importo massimo complessivo del compenso per il collegio arbitrale; anche in tal caso sembrerebbe necessario, in via transitoria, un richiamo alla disciplina (pre)vigente (art. 10, commi 1-6, e tariffa allegata, d.m. 2 dicembre 2000 n. 398).

In termini più generali, in ossequio al criterio di delega che richiede l'ordinata transizione dalla vecchia alla nuova disciplina (art. 1, comma 1, lett. b), e considerato che nelle molte disposizioni transitorie si prevede la perdurante vigenza di disposizioni regolamentari esistenti nelle more dell'adozione degli atti attuativi del codice, occorre prevedere in termini generali che l'abrogazione del d.P.R. n. 207/2010, sebbene disposta in via diretta dal codice, abbia effetto dalla data di adozione degli atti attuativi, che recano una puntuale ricognizione delle disposizioni da essi sostituite (si rinvia sul punto alle osservazioni *sub* art. 217).

Sul piano della tecnica di redazione normativa di un atto qualificato come "codice", poi, si segnala che è auspicabile che tutte le norme transitorie siano collocate in un articolo finale. Pertanto le sopra citate disposizioni transitorie (contenute negli artt. 21, 73, 77, 81, 102, 144 e 159) andrebbero collocate nel presente art. 216.

Anche le disposizioni attualmente contenute nel comma 3 dell'art. 84, relativa a una revisione straordinaria delle SOA, andrebbe spostata tra le disposizioni transitorie.

Analogamente, la prescrizione dell'art. 85 comma 1, che prescrive la forma esclusivamente elettronica del DGUE a partire dal 18 aprile 2018, andrebbe collocata nel presente articolo.

Sempre sul piano del *drafting*, il comma 2, contenente otto periodi sintattici che fanno ognuno rinvio a disposizioni di legge o regolamento, risulta di difficile lettura. I singoli regimi transitori vanno inseriti in commi separati.

ARTICOLO 217 (ABROGAZIONI)

L'art. 217 reca l'abrogazione espressa del codice n. 163/2006, del suo regolamento di attuazione (d.P.R. n. 207/2010) e di numerose disposizioni di leggi speciali che hanno inciso sulla materia dei contratti pubblici.

In relazione all'abrogazione del d.P.R. n. 207/2010, si rileva che dall'art. 216, comma 2, si desume che esso continuerà ad applicarsi non solo ai contratti i cui bandi siano stati pubblicati prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, ma, in molte parti, anche a quelli i cui bandi siano pubblicati dopo, nelle more dell'adozione degli atti attuativi del nuovo codice. Sotto tale profilo, l'abrogazione integrale e con effetto immediato, sembra contraddire tali regimi transitori.

Occorre pertanto prevedere che l'abrogazione del d.P.R. n. 207/2010, ancorché disposta in via diretta dal codice, sia differita alla data di entrata in vigore degli atti attuativi, a cui sia demandata l'elencazione ricognitiva delle disposizioni che si intendono abrogate, nonché, per le disposizioni non oggetto di ricognizione, a una data specificamente individuata.

Tale data specifica può ragionevolmente essere fissata al 1° giugno 2018 (che corrisponde a circa due anni dopo l'entrata in vigore del codice), salvo un eventuale successivo riallineamento in sede di decreti correttivi (laddove l'intervento correttivo fosse portato dal Parlamento a due anni – come auspicato nella parte generale di questo parere – sarebbe ragionevole fissare nella medesima data anche l'effetto abrogativo finale del regolamento del 2010).

Si rinvia per maggior dettaglio alle considerazioni fatte nella parte generale *sub* II.i).

Si suggerisce pertanto di integrare la lett. tt) dell'art. 217 come segue:

“tt) il decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, con effetto:

1) dalla data di adozione degli atti attuativi del presente codice, i quali operano la ricognizione delle disposizioni del d.P.R. n. 207 del 2010 da essi sostituite;

2) per le disposizioni che non formano oggetto della ricognizione di cui al numero 1, dalla data del 1° giugno 2018.”

In ossequio al principio della preferenza dell'abrogazione espressa rispetto a quella tacita, ricordato nella parte generale del presente parere, l'elenco delle abrogazioni puntuali necessita delle seguenti integrazioni:

- alla lett. cc), che prevede l'abrogazione di alcuni articoli del d.l. n. 83/2012, andrebbe abrogato anche l'art. 8, comma 2-bis, d.l. n. 83/2012, che sembra aver perso attualità, essendo legato ai progetti EXPO;

- alla lett. hh), con cui viene abrogato l'art. 4, comma 4, l. 14 gennaio 2013 (“Norme per lo sviluppo degli spazi verdi urbani”), andrebbe prevista l'abrogazione anche dei commi 5 e 6, strettamente connessi;

- alla lett. oo), dovrebbe essere disposta l'abrogazione anche dei primi tre commi dell'art. 9, d.l. 24 aprile 2014, n. 66 (“Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale. Deleghe al Governo per il completamento della revisione della struttura del bilancio dello Stato, per il riordino della disciplina per la gestione del bilancio e il potenziamento della funzione del bilancio di cassa, nonché per l'adozione di un testo unico in materia di contabilità dello Stato e di tesoreria”, conv. con l.

23 giugno 2014, n. 89), poiché la materia delle centrali di

committenza è destinata ad essere disciplinata in modo compiuto dal nuovo codice;

- alla lett. rr), che prevede l'abrogazione di alcuni articoli del d.l. 11 settembre 2014, n. 133 ("Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive", conv. con l. 11 novembre 2014, n. 164), dovrebbe essere aggiunta l'abrogazione dell'art. 24, in quanto sostanzialmente riprodotto nell'art. 190 dello schema di decreto in esame. Andrebbe inoltre effettuata una ricognizione delle norme contenenti richiami al codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come ad esempio l'art. 15 l. 11 novembre 2011, n. 180 ("Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto delle imprese"), eventualmente riformulando l'art. 105 dello schema di decreto, relativo al subappalto, istituito al quale rinvia l'art. 15 della citata l. n. 180 del 2011.

Dovrebbe quindi essere aggiunta l'abrogazione dell'art. 10, commi da 1 a 6, d.m. 2 dicembre 2000, n. 398 ("regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, ai sensi dell'art. 32, della legge 11 febbraio 1994, n. 109"), prevedendosene all'art. 216 la perdurante applicabilità fino all'approvazione della delibera della Camera arbitrale presso l'ANAC relativa ai compensi degli arbitri.

Valuterà il Governo se, alla luce dei criteri di delega, della nuova disciplina degli appalti della protezione civile e del subappalto, sia giustificata la mancata abrogazione e la conseguente perdurante vigenza dell'art. 2, comma 9, d.l. 28 aprile 2009, n. 39, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 giugno 2009, n. 77, a tenore del quale *"L'affidamento degli interventi avviene entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto con le modalità di cui all'articolo 57, comma 6, del codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in caso di affidamento ai sensi dell'articolo 176 del medesimo decreto legislativo, compatibilmente con il quadro emergenziale e con la collaborazione, anche in ambito locale, degli ordini professionali e delle associazioni di categoria di settore. In deroga all'articolo 118 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, è consentito il subappalto delle lavorazioni della categoria prevalente fino al cinquanta per cento"*.

Valuterà il Governo se, alla luce dei criteri di delega e della nuova disciplina degli appalti della protezione civile, sia giustificata la mancata abrogazione e la conseguente perdurante vigenza dell'art. 4, comma 5-ter, d.l. 6 giugno 2012, n. 74, convertito, con modificazioni, dalla l. 1° agosto 2012, n. 122, come modificato dall'art. 11, comma 8-bis, lett.

b), d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 99, a tenore del quale “5-ter. Per la riparazione, il ripristino o la ricostruzione delle opere pubbliche e dei beni culturali danneggiati dagli eventi sismici del maggio 2012 i soggetti attuatori, in deroga all'articolo 91, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, possono affidare gli incarichi di servizi tecnici, per quanto attiene a progettazione, coordinamento sicurezza lavori e direzione dei lavori, di importo compreso tra euro 100.000 e la soglia comunitaria per gli appalti di servizi, fermo restando l'obbligo di gara ai sensi dell'articolo 57, comma 6, del medesimo codice, fra almeno dieci concorrenti scelti da un elenco di professionisti e sulla base del principio di rotazione degli incarichi”.

Valuterà il Governo se sia giustificata la mancata abrogazione e conseguentemente la perdurante vigenza dell'articolo l'art. 1-ter, comma 6-bis, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 116, come modificato dall'art. 1, comma 211, l. 23 dicembre 2014, n. 190, a tenore del quale “6-bis. Per la selezione degli organismi di consulenza aziendale le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono fare ricorso ad accordi quadro, in deroga all'articolo 59, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni”.

ALLEGATI I-XXIV

Si suggerisce una verifica finale sulla coerenza dei rinvii reciproci operati da articoli del codice agli allegati e dagli allegati agli articoli del codice.

Si suggerisce altresì di uniformare la rubrica di ciascun allegato, indicando sia gli articoli delle direttive, sia gli articoli del codice a cui gli allegati si riferiscono.

P.Q.M.

Nei termini esposti è il parere della Commissione Speciale.

GLI ESTENSORI

Gerardo Mastrandrea
Carlo Deodato
Claudio Contessa
Elio Toscano
Nicola Gaviano
Vincenzo Lopilato
Massimiliano Noccelli
Claudio Boccia
Giancarlo Luttazi

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO

Gianfranco Vastarella