

D.Lgs. n. 50/2016

Il nuovo Codice dei contratti pubblici

DECRETO LEGISLATIVO 18 APRILE 2016, N. 50

Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - *G.U. n. 91, 19 aprile 2016, Supplemento Ordinario* (*)

(*Omissis*)

Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici *di Mario P. Chiti*

Malgrado una legge delega ipertrofica, il quadro delle fonti normative sui contratti pubblici è assai innovato dal nuovo Codice, con uno snellimento della disciplina legislativa, con l'eliminazione del regolamento di esecuzione del 2010 e soprattutto con un sistema originale di norme secondarie incentrato sulle "linee guida". Per quest'ultima parte sorgono numerosi problemi, anche di costituzionalità, che potranno definirsi una volta esplicitata la funzione di indirizzo, prevalentemente da parte di ANAC.

Da un Codice all'altro: il decennio 2006-2016

A seguito delle riforme europee e nazionali dell'ultimo biennio in tema di contratti pubblici, il quadro delle fonti normative per la materia rimane in parte in linea con il sistema precedente, per altra parte, maggiore, è fortemente innovato. Specie relativamente alle norme di attuazione e completamento del D.Lgs. n. 50/2016, che possiamo gergalmente (1) denominare Codice dei contratti pubblici.

Per apprezzare adeguatamente i caratteri di continuità e di originalità delle fonti di disciplina dei contratti pubblici conviene richiamare sinteticamente i maggiori dati della precedente situazione.

Le direttive UE nn. 17 e 18 del 2004 (2), relative rispettivamente agli appalti nei settori speciali e nei settori ordinari, pur se "ispessite" rispetto alle più risalenti direttive sulla materia (3), erano composte da un numero assai inferiore di articoli e, soprattutto, di "considerando" rispetto alle corrispondenti ultime direttive del 2014.

Le due direttive del 2004, ora citate, furono attuate in Italia con il D.Lgs. n. 163/2006, poi denominato Codice dei contratti pubblici. Si trattava inizialmente di un testo relativamente sintetico, composto da 257 articoli e vari allegati, incentrato come detto sugli appalti di lavori, servizi e forniture; non

(*) I commenti tengono conto dell' "Avviso di rettifica" pubblicato nella G.U. 15 luglio 2016, n. 164, contenente correzioni al D.Lgs. n. 50/2016.

(1) Al momento il nome ufficiale del decreto n. 50/2016 è "Attuazione delle direttive 2014/23, 2014/24, 2014/25", seguita dal titolo delle tre direttive. La legge delega n. 11/2006, sulla cui base è stato adottato il decreto n. 50/2016, aveva previsto un diverso titolo ("Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione") su cui il Consiglio di Stato ha sollevato giuste critiche di imprecisione giuridica; a parte la scarsa incisività

della formulazione. Molto più appropriata sarà la denominazione di "Codice dei contratti pubblici" che ben si adatta anche a comprendere la disciplina delle concessioni.

(2) Ambedue le direttive, del Parlamento europeo e del Consiglio, hanno la data del 31 marzo 2004.

(3) Tra le direttive dell'ultimo decennio del secolo scorso si segnalano la Dir. 93/38/CEE del Consiglio e la Dir. 93/13/CEE del Consiglio, poi modificata dalla Dir. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

sulle concessioni, che solo nel 2014 sono state oggetto di un intervento normativo dell'UE.

Nel corso del successivo decennio il testo iniziale del Codice del 2006 è stato significativamente aumentato per effetto di tre decreti correttivi e di decine di modifiche occasionali, inserite nelle più svariate leggi, a carattere per lo più frammentario e particolare. Non ci sono cifre certe del numero delle integrazioni e modifiche; il parere del Consiglio di Stato (4) sulla bozza di decreto attuativo delle direttive 2014 parla di 52 modifiche al Codice, che avrebbero comportato un numero finale di 271 articoli. La cifra, comunque significativa, sembra riduttiva. Sul Codice hanno inciso direttamente anche sei regolamenti dell'UE che hanno adeguato le "soglie" di rilevanza comunitaria degli appalti pubblici.

Al Codice si è poi aggiunto il Regolamento di esecuzione e attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). Trattasi di un regolamento governativo, approvato ai sensi dell'art. 17, c. 1, L. n. 400/1988, di carattere "lungo" (ben 359 articoli) ed estremamente dettagliato; più molti allegati tecnici.

Del quadro normativo degli appalti pubblici facevano inoltre parte varie discipline "speciali", come per gli appalti per i beni culturali, la difesa e la sicurezza; nonché un certo numero di disposizioni delle risalenti leggi di contabilità di Stato (neanche adesso del tutto abrogate). Ed ancora leggi di regioni speciali e delle Province autonome, numerose malgrado i noti limiti alle loro competenze legislative in materia; come definiti da vasta giurisprudenza costituzionale.

Alla disciplina europea e nazionale si deve aggiungere la giurisprudenza dei due plessi ordinamentali; in questa materia più rilevante di sempre a causa delle molteplicità delle fattispecie, che non trovano sempre un preciso parametro normativo di riferimento. La Corte di Giustizia UE - le cui decisioni sono da annoverare tra le fonti del diritto dell'Unione, alle note condizioni - è intervenuta con oltre cento sentenze in esito alla procedura di rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE) da parte dei giudici nazionali; una ventina di queste cause sono state originate da rinvii dall'Italia, confermando la sempre viva relazione tra i due plessi giudiziari. Nella giurisprudenza nazionale non si contano le migliaia di sentenze del giudice amministrativo; spesso tan-

to originali da apparire "creative". La sola Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta, dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo del 2010, con ben 42 sentenze.

Una situazione del genere è apparsa ad unanime giudizio ipertrofica, una vera "nomorrea", e malgrado ciò - non tanto paradossalmente - fonte di incertezza del diritto (con quello che consegue in termini di effettività della tutela). La critica si è giustamente appuntata non tanto sul numero iniziale degli articoli del Codice (ma neanche, invero, sul numero finale), quanto sull'occasionalità delle successive modificazioni e innovazioni e sulla "compulsività" di una riforma apparentemente permanente, che non lasciava neanche tempo alla metabolizzazione delle riforme, subito a loro volta cambiate da innovazioni successive. È apparso anche negativo il tipo di disciplina regolamentare, oltremodo dettagliata, minuta e vincolante; come se questo potesse essere un valido usbergo per i funzionari pubblici e la premessa per una buona amministrazione. Inoltre, come giustamente è stato sottolineato dal parere del Consiglio di Stato, una siffatta disciplina, approvata nelle complesse forme del regolamento governativo, è risultata una "giustificazione" per frequenti interventi legislativi di dettaglio; curiosamente più rapidi ed incisivi di possibili modifiche del regolamento governativo.

I nuovi caratteri delle direttive del 2014 e la legge delega n. 11/2016

Le tre direttive UE del 2014 (5) rappresentano un rilevante sviluppo della disciplina dei contratti pubblici per tre ragioni principali: a) sono considerati questa volta anche i contratti di concessione, sino ad allora prive di una specifica normativa; considerato che le concessioni di lavori erano soggette alle norme di base della Dir. 2004/18, mentre l'aggiudicazione delle concessioni di servizi (ma solo quelle con interesse transfrontaliero) è soggetta "solo" ai principi del TFUE; b) si prevedono nuovi principi, quali il rilievo a interessi pubblici non strettamente economici, la spiccata connotazione funzionale delle procedure ad evidenza pubblica, la "libera amministrazione"; c) viene ulteriormente ampliata e dettagliata la precedente disciplina, malgrado che anche dopo il Trattato di Lisbona la base giuridica degli interventi UE nella materia sia

(4) Approvato nell'adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016.

(5) Tutte del Parlamento europeo e del Consiglio: Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti

di concessione; Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/24, sugli appalti pubblici; Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/25, sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia e dei trasporti e dei servizi postali.

rimasto l'art. 114 TFUE, relativo all'obiettivo di ravvicinamento delle legislazioni nazionali che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

Per quanto qua direttamente interessa, merita rilevare che, ad onta dell'obiettivo di semplificare il quadro regolatorio, le tre direttive hanno particolare estensione e grado di dettaglio: la Dir. 23, sulle concessioni, è composta da 88 "considerando" e 55 articoli, 11 allegati; la Dir. 24, sugli appalti ordinari, da 118 "considerando" e 94 articoli, 15 allegati; la Dir. 25, sugli appalti settori speciali, da 142 "considerando" e 110 articoli, 21 allegati. Nel complesso, la mole delle regole è di ben 607 articoli e "considerando" (ricordando che nel diritto UE i "considerando" delle direttive non sono mere relazioni esplicative, ma hanno una precisa valenza regolatoria quale parte integrante e sostanziale del testo normativo) e 46 allegati. Per di più, gran parte delle regole è formulata in modo preciso e dettagliato, talora addirittura con carattere *self-executing*; tanto che alcuni Stati membri - l'esempio più noto è il Regno Unito - hanno preferito il sistema della trasposizione "copy out", con minime integrazioni nazionali (6).

Il Parlamento, dopo ampia discussione durata un anno e mezzo (senza precedenti per una legge delega del genere), giusto all'avvicinarsi del termine dato dalle direttive agli Stati membri per la loro attuazione (18 aprile 2016), ha approvato la legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016.

Si tratta di una legge delega particolarmente lunga e dettagliata, composta da 72 principi e criteri direttivi, che una volta scelta la strada di un intervento parlamentare "forte", con un ulteriore impegno avrebbe ben potuto divenire norma di attuazione diretta delle tre direttive. Anche valorizzando procedure parlamentari (poco seguite, ma utilizzabili) come la procedura di approvazione per commissione in sede redigente.

L'approvazione "tardiva" della L. n. 11/2016 ha messo a dura prova il legislatore delegato per la necessità di definire il testo finale in un brevissimo lasso di tempo e, entro poche settimane successive, concludere il conseguente procedimento di consul-

tazione sulla bozza di decreto delegato in Parlamento, Conferenza unificata, Consiglio di Stato.

Al di là dei tempi non molto felici della delega, questa si caratterizza per essere rivolta più alle più controverse questioni interne, come risultanti dall'esperienza del Codice del 2006, che alla "traduzione" delle direttive in principi e criteri per il diritto nazionale. Anche quando le direttive hanno apportato principi di particolare innovatività, come ad esempio sulla "libera amministrazione". Inoltre, il ricordato spessore regolatorio della delega risulta in più punti contrario al divieto di "gold-plating" (divieto di introdurre o di mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richieste dalle direttive (7)) previsto dal diritto UE e ribadito nel nostro ordinamento dalla L. n. 234/2012.

Ai presenti fini, la L. n. 11/2016 rileva per due principali aspetti. In primo luogo ha offerto al Governo l'alternativa tra un modello semplificato di recepimento delle direttive seguito dal riordino complessivo della disciplina vigente per i contratti pubblici ed il modello di intervento unitario sia per l'attuazione delle direttive che per il riordino. Opportunamente il legislatore delegato ha utilizzato il secondo modello, adottando un unico decreto e così evitando il sovrapporsi temporaneo di più normative, fonte di incertezze interpretative e di blocco delle procedure contrattuali (di vitale importanza per l'economia nazionale, come si sa (8)). In secondo luogo, ha previsto l'abrogazione del Reg. n. 207/2010, sostituito da nuove forme di disciplina attuativa del tutto nuove (e discutibili, come si dirà).

Va ricordato al riguardo che l'art. 1, comma 1, lett. t), della legge delega "attribuisce" (in modo innovativo, dunque) all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) varie funzioni, tra cui "l'adozione di atti di indirizzo, quali linee guida, bandi tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante". Inoltre, l'art. 1, commi 4-5, prevede che "sulla base del decreto di riordino sono altresì emanate linee guida di carattere generale proposte da ANAC e approvate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti (MIT), che sono trasmesse

(6) Per un più approfondito esame rinvio al mio *I principi generali delle nuove direttive UE su appalti pubblici e concessioni*, in Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi, 2015, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in corso di stampa presso Editoriale Scientifica, Napoli.

(7) Principio del diritto UE, esplicitato nel nostro ordinamento dalla L. n. 246/2005, art. 14, commi 24 *ter* e 24 *quater*; non-

ché, come indicato nel testo, dalla L. n. 234/2012.

(8) Le direttive del 2014 indicano che i contratti pubblici hanno un ruolo fondamentale per le strategie "Europa 2020", per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva. Il tema è stato sviluppato nel citato 61° Convegno di Scienze Amministrative, 2015; in particolare con la relazione di G. Piga. Gli atti del Convegno sono in corso di stampa per l'Editoriale Scientifica di Napoli.

prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere". Si tratta di un sistema nuovo di disciplina sublegislativa, segnalato dal Parlamento, dal Governo e da ANAC come un modo flessibile per regolamentare fenomeni complessi e in divenire. I problemi che il nuovo sistema determina sono però maggiori di quelli che intendeva risolvere, come tra breve si dirà.

Prima di esaminare i principali caratteri del nuovo Codice dei contratti pubblici, entrato in vigore il 20 aprile 2016 (9), conviene sottolineare che anche dopo l'attuazione delle tre direttive del 2014 la disciplina primaria della materia rimane basata su tali direttive ed il rispetto dei principi generali del diritto UE, in una scala sostanzialmente gerarchica di fonti contraddistinta dalla primazia del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, secondo i noti principi sui rapporti con le legislazioni degli Stati membri nei settori di competenza UE.

Pertanto, anche a fronte di disposizioni nazionali puntuali e in apparenza "finali" è sempre necessario che coloro che applicano e fanno osservare tali disposizioni si pongano il problema della loro compatibilità con le tre direttive del 2014. Per le amministrazioni pubbliche ed i giudici ove siano verificati casi di contrasti, occorre procedere alla disapplicazione del diritto interno che risultasse in insanabile contrasto con il diritto UE, anche dopo il tentativo di un'interpretazione conforme; oppure, in giudizio, utilizzare le procedure di rinvio pregiudiziale, alle condizioni note.

La questione non è astratta, come dimostrato dai frequenti problemi di "comunitarietà" che si sono posti in vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici del 2006. Adesso la questione si potrà porre più frequentemente sia perché una parte della normativa (quella sulle concessioni) è del tutto nuova e passibile perciò di diverse letture; sia anche perché il nuovo Codice potrà in alcuni punti apparire in contrasto con la legge delega, ma in linea con le direttive. Caso per ora abbastanza raro di un decreto legislativo che viola la delega, ma corrisponde alle direttive di cui la delega intende fare recepimento.

In sostanza, il diritto dei contratti pubblici è di specifica matrice comunitaria e quindi rimane segnato dal principio di prevalenza del diritto dell'UE, con quello che ne consegue per la possibile disapplicazione e per le altre regole sui rapporti tra

ordinamento UE e ordinamenti degli Stati membri.

La struttura del nuovo Codice del 2016

Il D.Lgs. n. 50/2016, il nuovo Codice dei contratti pubblici, è composto da 220 articoli e molti allegati. Il legislatore delegato ha preferito, come detto, un unico intervento per recepire ed attuare le tre direttive del 2014 e, al contempo, riordinare la materia.

Malgrado che il decreto contenga anche le norme di attuazione della Dir. n. 23 sulle concessioni, il numero degli articoli è sensibilmente inferiore a quello del precedente Codice; anche nella versione iniziale. È vero che molte disposizioni sono alquanto lunghe, ma lo stesso era occorso nel 2006 e, soprattutto, non poteva essere diversamente vista la complessità della disciplina delle direttive e la loro lunghezza (merita considerare ancora una volta che tra "considerando" e articolato si tratta nell'insieme di ben 607 disposizioni).

Il decreto ha carattere coeso ed unitario, sì da meritare per questo carattere il nome di "Codice"; se così si intende un atto che consolida unitariamente le maggiori disposizioni e che porta una loro sistemazione complessiva secondo una *ratio* comune. È vero che la suddivisione per parti può risultare opinabile, ad esempio per l'indicazione dei principi generali non nella prima parte del decreto; che il coordinamento interno tra varie norme non è sempre puntuale; che manca un indice sommario, particolarmente utile, anzi necessario, in presenza di "atti-codice". dovuto alla carenza di tempo nella convulsa fase finale del recepimento. Tuttavia, le carenze ed i difetti - dovuti principalmente all'estrema fretta indotta dal ritardo della legge delega - potranno facilmente essere emendati in occasione del primo correttivo, che è auspicabile si limiti ad un più efficace coordinamento e sistemazione del testo; senza introdurre novità sostanziali alle attuali disposizioni, pena lo stravolgimento di un testo per molta parte originale. Unanime è stato nel passato biennio l'intendimento di evitare per il futuro la prassi di modifiche continue al codice, perché l'esperienza decennale precedente ha dimostrato quanto ciò sia stato pernicioso per la funzionalità del sistema, senza peraltro assicurare efficacia, trasparenza, responsabilità. È auspicabile che agli in-

(9) Dopo la correzione di un erroneo iniziale riferimento al 19 aprile 2016.

tenti seguano i fatti; ma già si avvertono pressioni per nuovi interventi non formali, ma sostanziali.

L'abrogazione del regolamento del 2010 e le nuove norme di attuazione

Una delle principali innovazioni è, come anticipato, l'abrogazione del Reg. n. 207 del 2010. Tuttavia l'abrogazione non coinvolge immediatamente l'intero regolamento, in quanto l'art. 216 del Codice (recante "Disposizioni transitorie e di coordinamento") prevede che una serie limitata di disposizioni regolamentari, tassativamente indicate (10), rimangono vigenti sino all'adozione degli atti attuativi che le sostituiranno. Si tratta dunque di un modello di "cedevolezza speciale".

La seconda principale innovazione riguarda le norme di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016, necessarie per la sua piena operatività stante il carattere tecnico di molte fattispecie. Si tratta di una parte assai originale, ma discutibile.

Nel decreto ricorrono di continuo richiami a prossime norme di attuazione. Il Consiglio di Stato, nel suo parere sulla bozza adottata in prima lettura dal Governo, ha contato 16 decreti del MIT; 15 decreti di altri Ministeri; 15 atti ANAC (per lo più denominati linee guida); 1 atto Consip; 4 D.P.C.M.; 1 d.P.R. Per quanto non del tutto certo - altre prime verifiche parlano di 60 atti di attuazione del Codice - il numero di atti di attuazione è sicuramente cospicuo; tanto che si è immediatamente rilevato che almeno in termini quantitativi l'esito finale di queste decine di atti attuativi non si discosterà in modo significativo dal precedente lunghissimo regolamento.

L'esame di questi atti mostra poi che la suddivisione tra le varie tipologie sopra indicate non sembra avere una precisa motivazione; ad esempio, la disciplina di dettaglio sulle funzione del Responsabile unico del procedimento e del Direttore dei lavori, figure strettamente correlate, è affidata distintamente al MIT ed all'ANAC. Inoltre, le procedure di elaborazione degli atti sono spesso intrecciate, come nel caso di decreti del MIT, denominati linee guida, proposti da ANAC (es. art. 111); o assunti "d'intesa" con ANAC (es. art. 73).

Il *nomen* di questi molteplici atti di attuazione è vario: in parte tipico, come per i decreti ministeriali, i D.P.C.M. e i d.P.R.; per altra parte originale, non corrispondente a categorie tipizzate, come per

la "regolamentazione flessibile" e le "linee guida". Altra parte ancora si richiama agli "atti di indirizzo", genere di molteplici atti, come le direttive amministrative, espressione del potere di indirizzo e caratterizzati da una parziale vincolatività; ma con caratteri particolari, come la possibile vincolatività ("atti di indirizzo *anche* vincolanti"). Nel gergo istituzionale che ha accompagnato l'approvazione del Codice, si parla poi di *soft law* e di fonti deboli; espressioni derivate dal diritto inglese, la prima; dal diritto francese, la seconda (11).

Per questa seconda parte di atti di attuazione è evidente che si è di fronte ad atti "spuri", che non corrispondono né a precedenti categorie né ad una nuova categoria precisamente definita. Con negativi effetti per la certezza del diritto, i diritti partecipativi e la tutela.

Il quadro è nel complesso assai confuso, come si può dedurre da un ulteriore esempio relativo alla disciplina dei bandi di gara (art. 71) ed ai bandi tipo adottati da ANAC, che sono da considerare come vincolanti alla luce del dettato della disposizione ora indicata (i bandi sono redatti "in conformità" ai bando tipo), ma poi la medesima disposizione, all'ultimo comma, prevede che le stazioni appaltanti possano motivatamente discostarsene, secondo il modello degli atti di indirizzo non vincolanti.

Le norme di attuazione secondo il parere del Consiglio di Stato

Per quanto sopra si comprende che il Consiglio di Stato abbia cercato di dare un'adeguata sistemazione a questa congerie di atti, a dir poco atipici. Il parere più volte richiamato si è incentrato in particolare su due atti: i decreti MIT e le linee guida di ANAC. Nel primo caso i decreti, al di là del nome, sarebbero regolamenti ministeriali da riportare alla previsione di cui all'art. 17, commi 3-4, L. n. 400/1988. Nel secondo, le linee guida di ANAC sarebbero inquadrabili come atti amministrativi generali. Per i motivi che ora si espongono, la prima indicazione è condivisibile; non la seconda.

I decreti ministeriali di attuazione del nuovo Codice sono, in effetti, assai prossimi alla tipologia dei regolamenti ministeriali prevista all'art. 17, commi 3-4, L. n. 400/1988: hanno indubbiamente carattere innovativo dell'ordinamento, con carattere generale ed astratto. Quindi, a parte la questione no-

(10) Ma anche nel testo: es. art. 31, comma 5.

(11) V. Italia, *Norme "forti" e norme "deboli"*, Milano, 2016, spec. 25 ss. Cfr. anche la nt. 13.

minalistica, possono essere ascritti in quella tipologia; con quello che consegue per quanto attiene alla capacità di resistenza rispetto ad altri atti, all'eventuale loro disapplicabilità secondo quanto elaborato dalla giurisprudenza amministrativa, al procedimento di elaborazione ed approvazione (inclusi i pareri delle commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato).

A questi caratteri dei decreti ministeriali come specie del genere regolamenti ministeriali non si attaccano, tuttavia, altre previsioni del Codice per i decreti ministeriali ivi considerati, quali in particolare la potestà di iniziativa riservata in molti casi (come previsto all'art. 1, comma 5, legge delega (12)) all'ANAC, autorità con natura giuridica assai diversa dai ministeri statali; per di più con ambiti propositivi che non lasciano spazi significativi al MIT. Inoltre, il Codice parla dei decreti MIT come di "atti di indirizzo"; ciò che contrasta con il carattere vincolante proprio dei regolamenti ministeriale.

In ogni caso, nella palese de-tipizzazione degli atti fonte cui il Codice contribuisce, è da accogliere l'interpretazione del Consiglio di Stato dei decreti MIT quali regolamenti ministeriali; con l'auspicio che i perfezionamenti normativi e la prima giurisprudenza possano fare ulteriore chiarezza.

Complesso e controverso è invece il caso della qualificazione giuridica delle "linee guida" previste dal Codice, per lo più per atti di ANAC, ma anche per taluni atti del MIT (è il caso già citato previsto all'art. 1, comma 5, legge delega n. 11/2016).

Come già accennato, le linee guida non corrispondono a una categoria definita di atti fonte; anche se atti così denominati sono divenuti frequenti nell'ultimo periodo (13). Per una loro appropriata definizione giuridica - ammesso che, allo stato, sia possibile - si può partire o dai caratteri del soggetto che ha il potere di assumerle, o dal loro contenuto oggettivo.

Il parere del Consiglio di Stato si riferisce al soggetto competente, nel caso ANAC (lasciando però da parte il MIT, che, come detto, ha pure in certi casi competenza per le linee guida). Considerando che ANAC è autorità amministrativa indipendente, i cui poteri includono la "regolazione" (come distinto da "regolamentazione" (14)), il Consiglio

di Stato ha ritenuto che questa specie di linee guida sia ascrivibile al genere "atti amministrativi generali". In conseguenza, è stato ritenuto che siano soggette alle regole procedurali delle autorità amministrative indipendenti, tra cui la fase di consultazione preventiva, l'obbligo di verificare l'impatto della regolamentazione, un'adeguata pubblicità, la raccolta progressiva delle linee guida in testi di compilazione.

Per una diversa interpretazione delle linee guida

Pur apprezzando lo sforzo ermeneutico/ricostruttivo del Consiglio di Stato, la configurazione delle linee guida ANAC non convince; tanto più per le linee guida del MIT, che ovviamente non è un'autorità amministrativa indipendente.

Merita infatti ricordare che la nozione acquisita di atti amministrativi generali è quella di atti di carattere provvedimentale, e quindi senza il carattere dell'astrattezza, che determinano effetti giuridici in relazione a tutti i rapporti che abbiano le medesime caratteristiche. Laddove le linee guida hanno sì un'efficacia di carattere generale, ma in quanto atti con carattere astratto. In sostanza, sono un'esplicazione del potere normativo delle amministrazioni pubbliche, attribuito per legge; ciò che nel caso è pacifico, visto l'art. 1, comma 1, lett. t), legge delega n. 11/2016, che prevede appunto l'"attribuzione" ad ANAC di questo potere; di cui evidentemente non disponeva in precedenza. A parte la sostenibilità nel caso considerato della distinzione tra potere "regolatorio" e "regolamentare".

Più appropriato rispetto al criterio soggettivo è il metodo ermeneutico che ai fini definitivi considera il contenuto oggettivo dell'atto. Ove le linee guida abbiano carattere vincolante *erga omnes*, con previsioni di carattere astratto, si devono ascrivere al genere degli atti regolamentari (per ora atipici) delle autorità amministrative, attribuiti per legge (nel caso la L. n. 11/2016). In breve, non atti amministrativi, ancorché generali; ma atti di regolamentazione.

La questione è determinata essenzialmente dal carattere vincolante o meno delle linee guida di volta in volta previste dal Codice ed utilizzate da ANAC e dal MIT. Se sono vincolanti, le linee

(12) Secondo cui "sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del MIT, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti commissioni parlamentari per il parere".

(13) V. Italia, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, 2016; parte di una serie di preziosi volumetti che l'A. ha dedicato alle nuove fonti (uno è già stato citato alla nt. 11).

(14) La distinzione è però largamente teorica; di fatto sovrapponendosi le due funzioni.

guida sono atti di regolamentazione amministrativa; con tutto quello che ne consegue. Altrimenti sono “atti amministrativi di indirizzo” che - come le direttive amministrative (nel diritto nazionale) e gran parte delle comunicazioni della Commissione europea (nel diritto UE) - indicano obiettivi alle amministrazioni di riferimento, le quali possono motivatamente discostarsene.

Anche assumendo questa più convincente prospettiva, rimangono però vari problemi dovuti alla mancata chiarificazione da parte del legislatore di profili fondamentali. In particolare, non è prevista una particolare forma, né una precisa formulazione delle linee guida. Ne sono testimonianze le prime cinque linee guida poste in consultazione da ANAC dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice; che sono formulate in modo espositivo ed aperto, senza prescrizioni puntualmente formulate; malgrado la certa intenzione di ANAC di attribuir loro il carattere vincolante. In presenza di questo *drafting*, che neanche nelle conclusioni delle linee guida riassume le prescrizioni, chi potrà certificare il loro carattere vincolante? Ovviamente il giudice, *ex post*, ma con palese attentato alla certezza del diritto, al diritto alla difesa, e così ancora. A meno che, a conclusione delle consultazioni in atto, ANAC non decida di riassumere le proposizioni vincolanti nella parte finale (che così diverrebbe dispositiva) delle linee guida.

Un caso di poco precedente al nuovo Codice mostra con tutta evidenza che i rischi paventati sono del tutto reali. ANAC aveva sanzionato una società SOA per non aver ottemperato a quanto indicato alle società del settore con una serie di suoi “comunicati”; neanche linee guida. Il Consiglio di Stato, VI, n. 4358/2015, ha ritenuto che “le indicazioni dell’Autorità, *a prescindere dal loro inquadramento dogmatico* (enfasi aggiunta), assumono in ogni caso valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore”. Da qui la legittimità della sanzione irrogata alla SOA, malgrado la forma espositiva dei comunicati, la mancanza di un'espressa previsione sulla loro vincolatività, la limitata pubblicità.

I rischi si rafforzano viepiù con le prime linee guida messe in consultazione da ANAC dopo l'entrata in vigore del Codice, cui si è già accennato. La prima riguarda la disciplina di dettaglio per le figure del RUP (art. 31, comma 5, del Codice) e del direttore dei lavori (art. 111, comma 1, del Codice), la prima attribuita all'ANAC, la seconda al MIT, ma su proposta di ANAC. Le li-

nee guida elaborate da ANAC per la figura del RUP rilevano anzitutto - con ragione - l'improprietà di aver diviso la disciplina del RUP e del DL tra l'Autorità ed il MIT, malgrado la nota vicinanza delle due figure. Successivamente, per assicurare “trasparenza, semplificazione ed efficientamento informatico” (motivazioni grimaldello, evidentemente), l'Autorità allarga le proprie competenze oltre la “disciplina di maggiore dettaglio”, per “valorizzare la figura del RUP come *project manager*”. Ancora più significativamente, il documento in consultazione indica espressamente che ANAC ambisce alla “integrazione delle disposizioni del Codice”. Dunque non si tratta solo di linee guida vincolanti, ma addirittura di un atto di integrazione di una norma legislativa sovraordinata (illegittima, quale che sia l'esatta natura delle linee guida tra le norme di natura secondaria); con buona pace di ogni principio sulle fonti del diritto. Per non parlare del modo espositivo e “lungo” (circa quindici fitte pagine) in cui è stata scritta la linea guida, che rende difficile all'interprete individuare precisamente quali siano le prescrizioni vincolanti.

La stessa impostazione si può cogliere nella linea guida per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria; un tema di intuibile centralità per le amministrazioni e gli operatori. Infatti, il testo è di nuovo “lungo” e dettagliato al fine di assicurare, afferma ANAC, meccanismi di trasparenza delle procedure e di parità del trattamento degli operatori economici; senza peraltro precisare ciò che è vincolante o solo indirizzo. Inoltre ANAC non nasconde che con queste linee guida intende, come per quelle considerate in precedenza, “integrare il Codice”.

Ragioni di spazio non consentono di esaminare le altre tre linee guida poste in consultazione, tutte su temi particolarmente importanti, quali la definizione dei criteri per la procedura di offerta economicamente più vantaggiosa e l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. Ma merita indicare che anche esse sono assai lunghe e scritte in forma espositiva, talora (come per l'offerta economicamente più vincolante) corredate da formule e numeri di ardua comprensione; ma egualmente vincolanti e fonte di possibili sanzioni.

A fronte di questa situazione, determinata principalmente dalla mancata definizione del problema nella legge di delega n. 11/2016, che cosa rimane dell'aspirazione ad una disciplina attuativa di “in-

dirizzo”, con carattere “leggero” e “flessibile”? Ovvero di uno dei criteri fondamentali della legge delega per “una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative” (art. 1, comma 1, lett. d). Se le altre decine di linee guida previste nel Codice seguissero il modello delle prime cinque sopra citate, avremmo tra breve un corpo di norme assai più vasto del “vituperato” Regolamento del 2010; per di più con previsioni prescrittive di incerta individuazione, l’opposto dell’iper-cerchezza e dettaglio delle precedenti norme regolamentari. Due eccessi ambedue negativi, e in evidente contraddizione con un altro criterio fondamentale della legge delega: il raggiungimento “di un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti” (disposizione da ultimo citata).

Vale infine ribadire ancora i pericoli del tutto concreti per la certezza del diritto e la giustiziabilità dei diritti e degli interessi, alimentati anche dalle dichiarazioni dei vertici di ANAC secondo cui “la *softlaw* e i poteri di regolazione sono la giusta risposta rispetto alla iper-regolazione del passato e più adattabili alle esigenze del cambiamento: una *sperimentazione continua*”. Quando “sperimentare” tramite norme vincolanti appare una vera e propria degenerazione giuridica.

Le linee guida sono davvero vincolanti? Possibili conseguenze

Per concludere, la parte del Codice che considera le norme di attuazione è largamente insoddisfatta, a causa della vaghezza e contraddizioni della legge delega e della conseguente impossibilità per il legislatore delegato di tracciare un proprio nuovo sistema della fonti. Né una più confacente soluzione potrà essere definita in occasione del decreto correttivo, che ancora sarà necessariamente basato sulla legge delega che lo autorizza entro dodici mesi dall’entrata in vigore del decreto legislativo. Solo una nuova legge potrà dunque dare un adeguato quadro al tema delle “fonti atipiche” in modo costituzionalmente orientato e corretto.

Nell’attesa di siffatta auspicata conclusione, appare necessario considerare le linee guida come atti espressione di un potere di normazione secondaria “attribuito” espressamente all’ANAC (e in taluni casi al MIT), quindi originale; comunque soggetto al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

A meno che non si provi - la prospettiva è stimolante - a contestare la vincolatività delle linee guida che così si autoproclamano, tramite un’eccezione di incostituzionalità della legge delega (art. 1, comma 1, lett. t) che ha attribuito ad autorità amministrative un potere normativo “anche vincolante”, fonte di restrizioni e sanzioni, senza averne definito per niente condizioni e limiti.

Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti *di Luigi Fiorentino*

Il Codice interviene sui profili organizzativi delle commesse pubbliche, con norme in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, di aggregazione della domanda, di centrali di committenza. Tutto ciò avviene in un’ottica di semplificazione, competitività, con un obiettivo di miglioramento della qualità degli approvvigionamenti e di riduzione dei costi complessivi a carico della finanza pubblica. Tali norme si inseriscono in un quadro abbastanza caotico, motivo per cui il legislatore ha previsto anche un’opera di revisione ed efficientamento delle procedure di appalto, degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili da Consip, dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza. Sono, inoltre, rafforzate le misure in materia di conflitto di interesse, in modo da evitare forme di distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

Premessa. I profili organizzativi degli acquisti nelle Pubbliche Amministrazioni

La spesa per consumi intermedi costituisce una parte rilevante della spesa pubblica: oltre euro 88 miliardi nel 2015, corrispondente all'8,1% del PIL (1). Questo dato di per sé giustifica l'attenzione che i governi riservano alla disciplina concernente gli acquisti delle PP.AA. e in particolare ai profili organizzativi e procedurali (2).

Il modello Consip, come centrale di committenza, è stato previsto dalla Finanziaria per il 2000 (art. 26, L. n. 488/1999) e progressivamente rafforzato a seguito di numerosi interventi normativi finalizzati a valorizzarne il ruolo, i compiti e, più in generale, la *mission* (3). Dal 2012 ad oggi, l'accentuarsi della crisi economico-finanziaria e l'avvio di un processo di *spending review* hanno indotto il legislatore ad ampliare sempre di più il perimetro soggettivo e oggettivo di azione delle centrali di committenza (4). Il numero dei soggetti pubblici chiamati a far ricorso a tale meccanismo di approvvigionamento è, quindi, gradualmente aumentato: dalle amministrazioni centrali, alle regioni, alle autonomie territoriali, alla sanità si è via via esteso a tutte le amministrazioni pubbliche e, finanche, alle società a partecipazione pubblica. Parallelamente sono state istituite numerose centrali di acquisto anche da parte delle regioni ed enti locali. È, quindi, stato creato un sistema a rete tra le centrali regionali e Consip con l'obiettivo di armonizzare i piani di razionalizzazione della spesa.

Parallelamente si è consolidata, tra gli addetti ai lavori e nell'ambito delle istituzioni competenti, l'idea che occorresse superare l'eccessiva frammentazione delle stazioni appaltanti. Ciò in quanto, questa situazione, non consentiva di fornire risposte adeguate e tempestive alle esigenze di razionalizzazione della spesa per acquisti di beni e servizi e

di efficientamento complessivo del sistema. A quest'obiettivo risponde la creazione, con il D.L. n. 66/2014, del sistema dei soggetti aggregatori. La cui nozione, come precisato dall'ANAC (delibera n. 3 del 25 febbraio 2014), "presuppone, quanto a funzione, quella di centrale di committenza, ma nel contempo la supera, costituendo la prima una forma evoluta della seconda, in quanto si tratta di centrale di committenza 'qualificata' ed 'abilitata' (*ex lege* o tramite preventiva valutazione dell'ANAC e successiva iscrizione nell'apposito elenco) all'approvvigionamento di lavori, beni e servizi per conto dei soggetti che se ne avvalgono". I soggetti aggregatori, nel numero di 34, sono stati individuati da ANAC (con delibera del 23 luglio 2015) alla fine di un complesso procedimento valutativo (5). Il nuovo sistema per poter operare si avvale del "tavolo tecnico dei soggetti aggregatori", istituito con D.P.C.M. Esso, composto da rappresentanti delle istituzioni e delle centrali di committenza, sulla base di proprie analisi, determina (6) le categorie di beni e servizi (e le soglie) per la cui acquisizione le amministrazioni pubbliche devono ricorrere a Consip S.p.a. ovvero ad altri soggetti aggregatori (7). La finalità di questa determinazione è quella di "aumentare la quota di spesa pubblica gestita attraverso i soggetti aggregatori". Ulteriore obiettivo è quello "di garantire la riduzione dei prezzi legata all'aggregazione della domanda, la quantità dei beni e servizi acquistati, l'individuazione di strategie di gara innovative, la realizzazione di approfondite analisi di mercato, l'utilizzo di strumenti *e-procurement* e la riduzione di contenzioso attraverso il presidio dell'intero processo di acquisto da parte di strutture competenti dedicate". Con D.P.C.M. del 24 dicembre 2015 (8) sono state individuate le categorie e le soglie per gli anni 2016 e 2017.

(1) Cfr. Ministero dell'economia e delle finanze, *Documento di Economia e Finanza*, 10 aprile 2016, 20.

(2) C. Cottarelli, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Milano, 2015, 31 ss.

(3) L. Fiorentino, *Le spese di funzionamento delle pubbliche amministrazioni - La legge di stabilità per il 2013*, in questa *Rivista*, 2013, 4, 352 ss.; L. Fiorentino (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica federale*, Bologna, 2011.

(4) L. Fiorentino, *Gli acquisti delle pubbliche amministrazioni. Il modello organizzativo in La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo* (a cura di A. Pajno - L. Torchia), Bologna, ottobre 2015.

(5) Il D.P.C.M. 11 novembre 2014 aveva, infatti, definito i requisiti per l'iscrizione nell'elenco. Essa può essere richiesta da città metropolitane, province, nonché associazioni, unioni e consorzi di enti locali, ivi compresi gli accordi tra comuni attraverso una convenzione. Si deve trattare di soggetti che abbia-

no pubblicato, nei tre anni precedenti, bandi e/o inviato lettere di invito per l'acquisizione di beni e servizi di importo, come base di gara, pari o superiore alla soglia comunitaria, per almeno duecento milioni.

(6) Cfr. art. 9, comma 3, D.L. n. 66/2014.

(7) Tra i soggetti aggregatori in un primo momento era stato ammesso con riserva un soggetto privato il consorzio Cev; successivamente con delibera del 10 febbraio 2016 l'ANAC ha annullato l'elenco dei soggetti aggregatori limitatamente all'iscrizione di tale soggetto. Esso, infatti, non essendo dotato di personale dipendente, essendo composto solo dal consiglio direttivo, non possedeva il requisito della stabilità organizzativa. Sull'iscrizione dei soggetti privati nell'elenco dei soggetti aggregatori, cfr. *L'Asmel è un soggetto aggregatore? Le divergenti idee dell'ANAC e del Consiglio di Stato*, P. Cosmai - R. Iovino (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Milano, 2016, 116 ss.

(8) In G.U. Serie Generale n. 32 del 9 febbraio 2016.

La legge di stabilità per il 2016 ha introdotto alcune modifiche al modello di acquisizione di beni e servizi attraverso centrali di committenza relativamente ai seguenti profili: ambito territoriale di operatività, possibilità per le società partecipate di avvalersi delle centrali di committenza, gestione in autonomia delle procedure di gara da parte delle singole stazioni appaltanti, obbligo di programmazione degli acquisti di beni e servizi.

Quanto al primo profilo (9), si definisce l'ambito territoriale entro il quale possono operare i soggetti aggregatori. Esso coincide con la regione di riferimento, limitatamente alle categorie merceologiche e alle relative soglie. Si tratta di una innovazione estremamente importante, perché consentirà ad essi di programmare le esigenze su base regionale e di costituire un punto di riferimento certo per le pubbliche amministrazioni del territorio ed è la premessa essenziale per un governo coordinato ed efficace delle centrali di committenza.

Quanto al secondo profilo, si è prevista la possibilità per le società partecipate dallo Stato o dagli enti locali (eccetto le quotate) di ricorrere a Consip o agli altri soggetti aggregatori, ovvero di fare riferimento ai parametri di qualità/prezzo, esito delle procedure di gara da essi gestite (10).

Quanto al terzo profilo, in senso contraddittorio rispetto al processo di centralizzazione in atto, la legge di stabilità ha previsto che le amministrazioni possono organizzare autonome procedure di acquisto, differenziate in relazione alle categorie merceologiche. In tal caso, devono prevedere a base d'asta un corrispettivo inferiore a quello delle convenzioni quadro. I contratti stipulati in deroga devono essere trasmessi all'ANAC e sottoposti a condizione risolutiva, prevedendo, per il contraente, in caso di sopravvenienza di convenzioni stipulate da Consip o dai soggetti aggregatori regionali, la possibilità di adeguamento ai prezzi se minori, almeno del 10%, rispetto ai precedenti (11). Nei casi di indisponibilità della convenzione stipulata da Consip e in mancanza dei prezzi di riferimento forniti dall'Autorità nazionale anticorruzione, quest'ultima deve individuare le modalità per l'adeguamento dei prezzi fissati nell'ultima convenzione stipulata in relazione ad un dato bene. Essi costituiranno il prezzo

massimo di aggiudicazione per il periodo temporale indicato dall'Autorità medesima (12).

Infine, quanto al quarto profilo, è stato introdotto l'obbligo di programmazione degli acquisti superiori ad un milione di euro, mediante la predisposizione di un programma biennale, aggiornabile annualmente. Gli esiti della programmazione vanno trasmessi al tavolo dei soggetti aggregatori e costituiranno una base informativa indispensabile ai fini della individuazione dei beni da inserire nel programma annuale adottato, con D.P.C.M., su proposta del tavolo dei soggetti aggregatori (13).

La normativa in materia di centrali di committenza contenuta nel nuovo codice si colloca in questo quadro.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), affronta il tema dell'aggregazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi e della riduzione del numero delle stazioni appaltanti, senza, comunque, razionalizzare la caotica normativa precedente. Allo stesso tempo introduce il tema della qualificazione delle stazioni appaltanti. Si tratta, come può agevolmente comprendersi, di tematiche strettamente interrelate, che trovano il presupposto nel criterio di delega (14). Esso prevede il "contenimento dei tempi e la piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione (...) con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità, salvaguardando l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea".

Le scelte operate dal legislatore delegato si pongono in stretta connessione con le innovazioni in materia di procedure e criteri di affidamento - si pensi a solo titolo esemplificativo al dialogo competitivo, al partenariato per l'innovazione o all'offerta economicamente più vantaggiosa - che richiedono la presenza di stazioni appaltanti di adeguate

(9) Cfr. art. 1, comma 499, L. n. 208/2015.

(10) Cfr. art. 1, comma 498, L. n. 208/2015.

(11) Cfr. art. 1, comma 494, L. n. 208/2015.

(12) Cfr. art. 1, comma 508, L. n. 208/2015.

(13) Cfr. art. 1, comma 505, L. n. 208/2015. Per razionalizzare la spesa per informatica - che mostra oggi una notevole parcellizzazione con conseguente disomogeneità organizzativa

e gestionale - si affida all'Agid un'attività di programmazione. Agid e Consip S.p.a. e i soggetti aggregatori sono chiamati a proporre alle amministrazioni pubbliche interessate, misure, anche di tipo organizzativo e di processo, volte a conseguire efficienza e contenimento della spesa.

(14) Cfr. art. 1, comma 1, lett. dd), legge delega n. 11/2016.

dimensioni, specializzate e che siano dotate di strumenti idonei per gestire le procedure di gara (15). In altri termini, la sfida dell'efficienza e della competitività passa per la riduzione del numero e la qualificazione delle stazioni appaltanti. Si tratta di innovazioni importanti perché, come vedremo, mirano a migliorare la qualità e ad aumentare la dimensione di tali soggetti, pur ponendosi in un'ottica di contenimento della spesa pubblica. Del resto, soltanto alla fine degli anni novanta dello scorso secolo, allorché fu istituita la Consip, la problematica del *procurement* venne affrontata con spirito innovativo e con finalità di modernizzazione gestionale degli apparati pubblici. Ma, già dai primi anni del nuovo secolo e poi, più pressantemente, a decorrere dal 2007, l'approccio a queste tematiche subì il forte condizionamento della crisi finanziaria e delle esigenze di contenimento della spesa (si pensi, ad esempio, alla lunga stagione in cui si agiva attraverso riduzioni lineari dei capitoli di spesa del bilancio dello Stato). Le risorse pubbliche andrebbero sempre gestite con diligenza, cercando la soluzione tecnica complessiva migliore, al costo più basso, non soltanto nei periodi di crisi. La dimensione organizzativa degli acquisti pubblici, anche per questo motivo, non va trascurata. Soprattutto, quando, la combinazione con le tecnologie, consente di costruire modelli operativi e gestionali efficienti ed in grado sia di contenere i costi, sia di innovare metodi e modelli, professionalizzando il personale.

La qualificazione delle stazioni appaltanti

La scelta di introdurre la qualificazione delle stazioni appaltanti è in linea con la sfida di competitività, obiettivo delle nuove procedure, per il cui raggiungimento deve, necessariamente, prevedersi una riduzione del loro numero ed una migliore professionalizzazione degli addetti (16). Inoltre, stazioni appaltanti di dimensione e professionalità adeguate consentiranno alle pubbliche amministrazioni di rapportarsi con i soggetti privati, spesso supportati da studi professionali iperspecializzati, in modo autorevole, evitando catture per deficit di competenza. A tal proposito, la cronaca giudiziaria ci offre una casistica ampia: si pensi ai casi in cui i sog-

getti privati, in modo informale, supportano le amministrazioni nella definizione dei documenti di gara, spesso molto complessi. Si tratta di fatti che, non solo alterano la dialettica concorrenziale, ma costituiscono il presupposto di episodi penalmente rilevanti.

La legge delega definiva l'obiettivo a cui il legislatore delegato doveva mirare: "razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti (...) prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi" (17).

Un ruolo centrale nella definizione della regolazione sarà svolto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, dal Ministero dell'economia e delle finanze e dall'ANAC. Il primo per le funzioni che svolge nel settore dei lavori pubblici ed infrastrutture; il secondo per i compiti in materia di acquisizione di beni e servizi, soprattutto perché è il Ministero che vigila su Consip e svolge funzioni di impulso e coordinamento del Tavolo dei soggetti aggregatori. L'ANAC (18) curerà la definizione delle modalità attuative, oltre a gestire la procedura di qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 38). In tale ambito, costituirà e gestirà un apposito elenco, così come avviene per il sistema di qualificazione degli operatori economici. Assumerà, quindi, accanto alle funzioni, già svolte, in materia di vigilanza e controllo sull'acquisizione di beni, servizi e lavori e di anticorruzione, vere e proprie funzioni regolatorie. Importante sarà anche il ruolo svolto dalla Conferenza unificata che si esprimerà preventivamente in fase di definizione del quadro regolatorio: il successo dell'intera operazione dipenderà, infatti, molto da come gli enti locali, le regioni e gli enti del sistema sanitario nazionale attueranno la normativa.

La definizione dei requisiti tecnico-organizzativi per ottenere la qualificazione - e dunque l'iscrizione nell'elenco - è demandata a un apposito D.P.C.M. tenendo conto dei criteri di qualità, efficacia e professionalizzazione. Per le centrali di committenza deve, altresì, aversi riguardo al carattere di stabilità e al relativo ambito territoriale.

(15) Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, 45. In dottrina, cfr. R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 5/2016. Inoltre, M. Gnes, *Il nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: prime note*, in *Leggi d'Italia*, Prima pagina, Appalti pubblici, Riforma Appalti, 21 aprile 2016.

(16) Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, 45.

(17) Cfr. art. 1, comma 1, lett. bb), legge delega n. 11/2016.

(18) E. D'Alterio, *I nuovi poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: "Post Fata Resurgam"*, in questa *Rivista*, 2015, 6, 757.

La qualificazione ha ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano i processi di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione alla capacità di programmazione e progettazione, ai processi di affidamento e di verifica sull'esecuzione, nonché a quelli relativi al controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera. Essa è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia, alla complessità del contratto e per fasce d'importo; ha una durata quinquennale e può essere rivista a seguito di verifica, anche a campione, da parte di ANAC o su richiesta della stazione appaltante stessa.

I requisiti base richiesti attengono prevalentemente a profili di carattere organizzativo, quindi ad esempio, strutture organizzative destinate alle attività di *procurement*, il sistema di formazione e aggiornamento del personale dedicato, la dimensione dell'attività. Tra i requisiti premianti, rientrano, invece, la valutazione positiva dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione, la promozione della legalità e la disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara.

Diversi sono gli aspetti da considerare in ordine all'iscrizione nell'elenco dei soggetti qualificati: l'iscrizione di diritto, i processi di riorganizzazione delle amministrazioni, la regolazione destinata ai soggetti privati in pubblico comando, la qualificazione con riserva, le misure sanzionatorie e premiali.

In primo luogo, quanto alla procedura di iscrizione, occorre premettere che nell'elenco sono iscritte, di diritto, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le sue articolazioni periferiche (costituite dai Provveditorati interregionali per le opere pubbliche), Consip S.p.a., Invitalia (che risulta tra i soggetti inseriti nell'elenco, su indicazione delle Commissioni Parlamentari (19)), nonché i soggetti aggregatori regionali. Sarebbe auspicabile che tali soggetti, soprattutto il Ministero, svolgessero, comunque, un *assessment* complessivo della propria organizzazione, sia dal punto di vista strutturale, sia dal punto di vista delle professionalità disponibili.

In secondo luogo, quanto ai processi di riorganizzazione e professionalizzazione del personale, necessari ad acquisire i requisiti per la qualificazione, l'ANAC assegnerà alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza un congruo termine per av-

viarli. A tal fine, le attività che le amministrazioni dovranno porre in essere sono complesse ed è auspicabile che non siano svolte in modo burocratico. Occorrerà, invece, riflettere sul modello organizzativo più idoneo nel caso concreto. Sotto tale profilo, una prima decisione attiene alla scelta tra un modello accentrato e un modello decentrato (un unico o più uffici con competenze in materia di *procurement* all'interno dell'amministrazione) e relativamente all'autonomia operativa delle strutture periferiche. Altro profilo d'interesse, è la costruzione dell'interfaccia interna alle amministrazioni rispetto alle centrali di committenza. Inoltre, vi sarà sicuramente bisogno di una riflessione specifica sulle professionalità necessarie e sui processi formativi da attivare. Sarebbe opportuno prevedere un piano formativo pluriennale, con un *focus* non soltanto sui profili giuridici, ma anche su quelli organizzativi e gestionali.

In terzo luogo, l'ANAC deve, altresì, individuare modalità applicative diversificate per i soggetti privati che ricadono nell'ambito di applicazione soggettiva del Codice. Questa precisazione - riguardante i soggetti a cui nonostante la natura giuridica, formalmente privatistica, si applica la normativa pubblicistica - assume fondamentale importanza.

In quarto luogo, si demanda all'ANAC la determinazione dei casi in cui si può procedere alla qualificazione con riserva, finalizzata a consentire alla stazione appaltante e alla centrale di committenza di continuare la propria attività, per il periodo necessario ad acquisire la capacità tecnica e organizzativa richiesta. La durata massima della qualificazione con riserva non può essere superiore al termine stabilito per dotarsi dei requisiti necessari alla qualificazione che si intende ottenere.

In quinto luogo, al fine di rendere effettiva la qualificazione, sono previste misure sanzionatorie e premiali (20). Per quanto concerne le misure sanzionatorie, si stabilisce che, dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione, l'ANAC non rilascerà più il codice identificativo di gara, dal cui possesso non può prescindere per avviare le procedure, alle stazioni appaltanti che procedono all'acquisizione di beni, servizi o lavori non rientranti nella qualificazione conseguita. Infine, con riferimento, invece, alle misure di carattere incentivante, si prevede l'attribuzione di una quota

(19) Cfr. Commissioni Parlamentari, Parere unificato del 7 aprile 2016 sull'atto governo n. 283.

(20) Camera dei deputati, XVII legislatura, Documentazione

per l'esame di Atti del Governo, Nuovo Codice dei contratti pubblici Schema di D.Lgs. n. 283 (art. 1 della L. 28 gennaio 2016, n. 11) Schede di lettura n. 282/1, 17 marzo 2016, 53.

parte delle risorse destinate alla premialità delle stazioni appaltanti (21) al fondo per la remunerazione del risultato dei dipendenti e dirigenti appartenenti alle unità organizzative competenti per i procedimenti disciplinati dal Codice. La valutazione positiva della stazione appaltante viene, pertanto, comunicata, da parte dell'ANAC, all'Amministrazione competente, affinché tenga conto della stessa ai fini della valutazione della *performance* organizzativa e gestionale dei dipendenti interessati. Anche in questo caso la legge esclude espressamente dall'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 38 gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici.

Aggregazione e centralizzazione delle committenze

La regolazione (art. 37) concernente le modalità di approvvigionamento delle amministrazioni pubbliche è di fondamentale importanza. Essa riguarda gli ambiti di legittimazione delle singole stazioni appaltanti ad avviare procedure di gara. Di seguito, mi soffermerò sui seguenti aspetti: le centrali di committenza; le modalità operative delle stazioni appaltanti che non hanno la necessaria qualificazione; il modello gestionale nel caso in cui la stazione appaltante non sia un comune capoluogo di provincia; la gestione congiunta di appalti e concessioni specifici da parte di due o più stazioni appaltanti; il ricorso a centrali di committenza ubicate in altri Stati membri dell'UE.

Le centrali di committenza possono aggiudicare appalti, stipulare ed eseguire i contratti per conto delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori; stipulare accordi quadro ai quali le stazioni appaltanti qualificate possono ricorrere per l'aggiudicazione dei propri appalti; gestire sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici. Possono svolgere, ove qualificate, anche attività di committenza ausiliarie in favore di altre centrali di committenza o per una o più stazioni appaltanti in relazione ai requisiti di qualificazione posseduti e agli ambiti territoriali di riferimento che saranno successivamente individuati.

Le stazioni appaltanti che non hanno la necessaria qualificazione, salvo i prescritti obblighi di ricorrere agli strumenti di acquisto e negoziazione, anche telematici, al fine di contenimento della spesa pubblica, possono procedere direttamente e autonoma-

mente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a euro 40.000 e di lavori di importo inferiore a euro 150.000, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto (quali, ad esempio, le piattaforme elettroniche) messi a disposizione dalle centrali di committenza. Per procedure di acquisizione di importo superiore alle soglie appena indicate, le stazioni appaltanti devono possedere la qualificazione ANAC.

Le stazioni appaltanti che sono in possesso della specifica qualificazione possono, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a euro 40.000 e inferiore a soglie definite (22), nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a euro 150.000 e inferiore a 1 milione di euro, far autonomamente ricorso agli strumenti telematici messi a disposizione delle centrali di committenza. Nel caso di indisponibilità dei suddetti strumenti telematici (anche in relazione a singole categorie merceologiche) o in mancanza della necessaria qualificazione, le stazioni appaltanti devono ricorrere a una centrale di committenza ovvero procedere mediante l'aggregazione con una o più stazioni appaltanti che possiedano la necessaria qualifica.

La medesima disposizione attribuisce, altresì, alle stazioni appaltanti la possibilità di acquisire lavori, servizi e forniture mediante il ricorso a una centrale di committenza. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, allorché, sulla base di considerazioni organizzative, anche in considerazione di un'analisi costi/benefici, si opti per una soluzione di esternalizzazione della funzioni di organizzazione e gestione delle gare. In questi casi, la fase di programmazione e gestione del contratto potrebbe essere svolta all'interno dell'amministrazione, ovvero esternalizzata. In quest'ultimo caso conviene, comunque, mantenere all'interno almeno il monitoraggio in corso di esecuzione.

Una specifica disciplina è dettata per le stazioni appaltanti che siano comune non capoluogo di provincia. Essa rappresenta l'attuazione del criterio di delega (23) che fa "salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, a livello di unione dei comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore secondo la normativa vigente".

I comuni non capoluogo di provincia possono, quindi, ricorrere a una centrale di committenza o a

(21) Istituito dall'art. 213, comma 14, D.Lgs. n. 50/2016.

(22) Le soglie sono definite nell'art. 35 del Codice.

(23) Cfr. art. 1, comma 1, lett. dd), legge delega n. 11/2016.

soggetti aggregatori qualificati, oppure a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze a livello di unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, nonché alla stazione unica appaltante costituita presso gli enti di area vasta (24). Si demanda, inoltre, a un D.P.C.M. (25) l'individuazione degli ambiti territoriali di riferimento e la definizione dei criteri e delle modalità per la costituzione delle centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia. La norma specifica che, in caso di servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete, l'ambito di competenza della centrale di committenza è l'ambito territoriale ottimale di riferimento (Ato) (26). La normativa ha l'obiettivo di rispondere alle esigenze dei comuni non capoluogo di provincia, la maggior parte di dimensione minima e con strutture organizzative spesso prive delle necessarie professionalità, offrendo alcune opzioni di natura organizzativa per provvedere all'acquisizione di beni, servizi e lavori.

Il Codice disciplina la possibilità per le stazioni appaltanti di individuare una centrale di committenza ubicata in un altro stato membro dell'UE. Le stazioni appaltanti, nel procedere a tale scelta, devono agire in coerenza con il principio del buon andamento dell'azione amministrativa e fornire adeguata motivazione. Tuttavia, occorre precisare che il ricorso a una centrale di committenza ubicata in un altro Stato membro dell'UE è ammesso solo per le attività di centralizzazione delle committenze svolte in forma di acquisizione centralizzata di forniture e/o servizi a stazioni appaltanti. L'attività è svolta in conformità alla normativa nazionale dello Stato membro in cui la centrale di committenza è ubicata, sulla base di uno specifico accordo in cui sono definiti. In esso sono fissate le responsabilità delle parti e le disposizioni nazionali applicabili, la gestione della procedura di aggiudicazione, la distribuzione dei lavori, delle forniture e dei servizi oggetto dell'appalto e i termini di conclusione dei contratti. L'assegnazione delle responsabilità e il diritto nazionale applicabile sono indicati nei documenti di gara.

Qualora amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori di diversi Stati membri costituiscano un soggetto congiunto con i gruppi europei di cooperazione o con altri soggetti, istituiti, in base al di-

ritto dell'UE, con apposito accordo, sono stabilite le norme nazionali applicabili alle procedure d'appalto, facendo riferimento alla disciplina dello Stato membro nel quale il soggetto congiunto ha la sua sede sociale, ovvero a quella dello Stato membro in cui esercita le sue attività. L'accordo si applica per un periodo indeterminato, quando esso è previsto nell'atto costitutivo ovvero può essere limitato a un periodo determinato, ad alcuni tipi di appalti o a singoli appalti.

Sono, inoltre, precisati i criteri per individuare la responsabilità nell'adempimento degli obblighi posti dal Codice. In particolare, la stazione appaltante è responsabile, nell'ambito delle procedure gestite dalla centrale di committenza di cui fa parte, delle attività ad essa direttamente imputabili. Mentre, più in generale, la centrale di committenza, che svolge, esclusivamente, attività di centralizzazione delle procedure di affidamento per conto di altre amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, è direttamente responsabile di tutte le attività svolte nel loro interesse.

Quando due o più stazioni appaltanti in possesso, anche cumulativamente, della necessaria qualificazione procedono congiuntamente all'esecuzione di appalti e concessioni, sono ritenute solidamente responsabili dell'adempimento degli obblighi su esse gravanti. In questi casi, esse individuano un unico responsabile del procedimento, con lo stesso atto con il quale hanno convenuto la forma di aggregazione o il ricorso alla centrale di committenza. Tuttavia, se la procedura di aggiudicazione non viene effettuata congiuntamente in tutti i suoi elementi "a nome e per conto" delle stazioni appaltanti interessate, esse sono solidamente responsabili solo per le parti effettuate congiuntamente. Al contrario, permane in capo a ciascuna stazione appaltante la responsabilità dell'adempimento degli obblighi in relazione alle parti da essa svolte a proprio nome e per proprio conto.

Infine, per espressa volontà legislativa, è esclusa l'applicazione dell'art. 37 agli enti aggiudicatori che non rientrano tra le amministrazioni aggiudicatrici (27), quando svolgano una delle attività nei settori speciali (28).

(24) Tali centrali sono costituite ai sensi della L. n. 56/2014.

(25) Da adottarsi su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza unificata, entro sei mesi dall'entrata in vigore del Codice.

(26) Camera dei deputati, XVII legislatura, Documentazione

per l'esame di Atti del Governo, Nuovo Codice dei contratti pubblici Schema di D.Lgs. n. 283 (art. 1 della L. 28 gennaio 2016, n. 11) Schede di lettura n. 282/1, 17 marzo 2016, 50 ss.

(27) Cfr. art. 3, comma 1, lett. e), D.Lgs. n. 50/2016.

(28) Cfr. artt. 115 - 121, D.Lgs. n. 50/2016.

Ulteriori disposizioni

Si segnalano, di seguito, alcuni aspetti di particolare rilevanza.

Il Codice dei contratti pubblici disciplina (art. 39) le cc.dd. attività di committenza ausiliarie che consistono in prestazioni di supporto alle stazioni appaltanti. Tali attività possono essere affidate a centrali di committenza o a prestatori di servizi individuati attraverso le procedure di evidenza pubblica disciplinate dal codice.

Un altro aspetto da segnalare è la previsione (art. 40) dell'obbligo di utilizzo di strumenti di comunicazione elettronica nello svolgimento di procedure di aggiudicazione svolte da centrali di committenza (29).

Il legislatore delegato pone, inoltre, le basi per un concreto miglioramento del mercato dei contratti pubblici (art. 41). Infatti, al fine di migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare, si demanda ad un D.P.C.M., da emanarsi entro un anno dall'entrata in vigore del Codice, la revisione degli strumenti negoziali (accordi quadro, convenzioni e altre procedure di appalto) utilizzabili da Consip S.p.a., dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza. La scelta di definire le misure di revisione ed efficientamento delle procedure con un decreto del Presidente del Consiglio deriva da una indicazione del Consiglio di Stato, che ha suggerito l'opportunità di affidare l'attività di revisione alle istituzioni competenti e non, come era stato previsto, invece, nello schema di decreto legislativo, esclusivamente a Consip e alle altre centrali di committenza (30). La norma mira a creare un contesto favorevole alle micro, piccole e medie imprese, anche attraverso l'incremento del ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico. L'estensione della digitalizzazione degli appalti pubblici avrà anche un impatto sui tempi di espletamento delle procedure.

In materia di conflitto di interesse (art. 42 (31)), le stazioni appaltanti dovranno predisporre misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione (32), nonché individuare, prevenire e risolvere,

in modo efficace, ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

La medesima disposizione fornisce anche una definizione di conflitto d'interesse, che sussiste quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi, che interviene (anche per conto della stazione appaltante) nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può comunque influenzarne il risultato, "ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura in corso di svolgimento". In queste ipotesi, il personale è tenuto ad astenersi dal partecipare alla procedura, pena la responsabilità disciplinare e salve, comunque, le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale. Le predette disposizioni trovano applicazione anche nella fase di esecuzione dei contratti. Il legislatore, estendendo l'area di applicazione soggettiva della normativa in materia di conflitto di interesse al "personale" della stazione appaltante, ha voluto superare il disposto dell'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006, che, invece, limitava le regole di incompatibilità solo ai membri della commissione aggiudicatrice. In aggiunta, si rinviengono disposizioni specifiche negli artt. 24, commi 3, 7 e 77, commi 4, 5, 6 e 9 rispettivamente in materia di incompatibilità per i dipendenti *part time* della PA, per gli affidatari degli incarichi di progettazione e per i commissari di gara.

Conclusione

L'utilizzo di centrali di committenza che aggregano la domanda pubblica nell'acquisto di beni, servizi e lavori, oltre che a evidenti ragioni di efficientamento delle procedure, risponde al duplice obiettivo, riconosciuto e promosso anche in sede comunitaria (cfr. Dir. 2014/24/UE) di stimolare la concorrenza ottenendo dal mercato migliori offerte

(29) Si tratta di una disposizione che rappresenta l'attuazione del criterio di delega che fissava come obiettivo, tra l'altro, la "progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, attraverso la promozione di reti e sistemi informatici, mediante una maggiore diffusione di informazioni e un'adeguata tempistica, e di soluzioni innovative nelle materie disciplinate", con particolare riferimento "all'innovazione tecnologica e digitale e all'interconnessione della pubblica amministrazione" e il

"ricorso a strumenti di pubblicità di tipo informatico".

(30) Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, 87.

(31) Esso recepisce l'art. 24 della Dir. n. 24, l'art. 42 della Dir. n. 25 e l'art. 35 della Dir. n. 23.

(32) Cfr. M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, n. 3/2015, 667 ss.

in termini di prezzo e di “professionalizzare” la committenza pubblica.

A fronte degli indubbi benefici in termini di efficienza e *spending review*, esistono alcuni profili ai quali l'amministrazione dovrà, tuttavia, prestare ancor maggiore attenzione al fine di valorizzare le potenzialità del sistema mantenendosi al contempo sinergica rispetto alle istanze di tutela del mercato e della concorrenza.

Dal punto di vista del merito, tanto più si aggrega la domanda pubblica e si restringe quindi il numero delle gare esperite, tanto maggiore è l'attenzione che il soggetto aggiudicatore (la P.A. che predispose il bando di gara) deve prestare ad alcuni profili tradizionalmente “sensibili” dal punto di vista concorrenziale:

- nella suddivisione in lotti, dal punto di vista qualitativo e quantitativo, occorre evitare che possano prodursi distorsioni a vantaggio di talune tipologie di imprese, in specie quelle di maggiori dimensioni nell'aggiudicazione di contratti di rilevante valore;
- nell'individuare le classi di prodotto aventi destinazioni d'uso omogenee, utilizzabili dagli enti competenti come riferimento per la definizione di lotti, occorre non creare discriminazioni tra operatori economici o barriere all'accesso alle imprese nuove entranti sul mercato (33).

Dal punto di vista del metodo, è importante che, nell'operatività concreta del “sistema a rete” delle centrali di committenza, fondato sulla interazione e sulla condivisione di *best practices*, ciascuna am-

ministrazione informi il proprio agire non soltanto alla massima trasparenza ma anche all'assoluta impermeabilità rispetto a influenze o conflitti di interessi, anche solo potenziali, con il mondo delle imprese.

Inoltre, se è vero che molte amministrazioni scontano un *deficit* di competenze specifiche in materia di gestione delle procedure di gara, la risposta non è il ricorso a “consulenti” esterni, ma l'accelerazione di percorsi formativi mirati per il personale interno: solo così peraltro si persegue l'obiettivo comunitario della professionalizzazione (34).

Infine, se è indubbio che l'efficacia della centralizzazione riposa anche nel coordinamento, è fondamentale che la programmazione delle gare da parte delle centrali di committenza non divenga un fattore di contesto “facilitante” rispetto a condotte anticoncorrenziali delle imprese. Si pensi ai molti casi, sanzionati dall'AGCM, di accordi orizzontali per la “spartizione” delle commesse.

In conclusione, la concreta applicazione delle norme commentate richiederà un forte sforzo delle pubbliche amministrazioni in termini di revisione dei processi interni e di professionalizzazione dei dipendenti. Infatti, le scelte profondamente innovative operate in tema di procedure e criteri di affidamento impongono livelli di efficienza che possono essere raggiunti, come già detto, solo mediante personale specificamente dedicato, adeguatamente formato e costantemente aggiornato.

Le procedure di aggiudicazione di Hilde Caroli Casavola

Le nuove misure sulle procedure di aggiudicazione attuano un processo di riforma partito da Ginevra nel 2012 (con la modifica del GPA o AAP, nell'ambito dell'Omc) e giunto a Roma, passando per Bruxelles (con le direttive del 2014). Le accresciute opportunità di negoziazione con le due nuove tipologie (competitiva con negoziazione e partenariato per l'innovazione) e nelle varie fasi procedimentali, insieme al divieto di *gold plating*, traducono in effetto la dinamica di globalizzazione giuridica da cui la riforma origina e che il legislatore comunitario è intervenuto ad orientare verso un obiettivo preciso e contingente: mettere gli attori pubblici in condizioni di poter guidare - nel contesto di crisi e transizione presenti - i processi di sviluppo tecnico, economico e sociale europei attraverso l'attività contrattuale.

(33) Sul tema si è espressa la stessa AGCM, AS1137, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, 4 luglio 2014.

(34) Sull'esigenza di una formazione continua nelle pubbliche amministrazioni, cfr. M. Dugato, cit., 672.

I principi

Le nuove disposizioni in materia di procedure di aggiudicazione dei contratti dei settori ordinari sono finalizzate ad allineare quello italiano al sistema europeo degli appalti pubblici. Quest'ultimo ha subito in anni recenti profonde modificazioni dovute al fenomeno della globalizzazione giuridica (1). Tale fenomeno ha spinto, da un lato, verso un'accresciuta procedimentalizzazione dell'attività contrattuale delle amministrazioni - in particolare, la negoziazione - e un rafforzamento delle garanzie procedurali degli operatori economici, teso a favorire l'apertura alla concorrenza dei mercati nazionali. Dall'altro, ad una funzionalizzazione dell'attività e degli attori pubblici domestici agli obiettivi comunitari, (anche) in contrasto con quelli nazionali. Nel primo senso, il quadro normativo settoriale è divenuto molto complesso, le regole numerose e dettagliate e il *rulemaking* condiviso: in tale quadro assume rilievo l'Accordo sugli appalti pubblici-AAP (in inglese *Government Procurement Agreement-GPA*), firmato da UE e Stati Uniti, nel processo di riforma del quale è stata intavolata la discussione fra i paesi firmatari, sulle previsioni di negoziazione nelle procedure di aggiudicazione comunitarie (2). Nel secondo, tali attori, limitati nella libertà di scelta da vincoli e regole nazionali e sovranazionali, hanno trovato nel legislatore europeo un interlocutore interessato, in grado di contenere il tasso di normatività interna agli Stati membri e di garantire una maggiore flessibilità nell'ambito delle procedure e nel rispetto dei principi della disciplina europea. Le ragioni del *focus* comunitario sul divieto *cd. di gold plating* e sulla negoziazione hanno natura pratica e rispondono all'esigenza di maggiore "libertà di manovra", espressa soprattutto dalle amministrazioni dei paesi di cultura anglosassone e scandinava. L'ambivalenza dell'ordinamento italiano, stretto fra rigidità e sospetto (3) dell'"approccio" interno (fra misure risalenti ai regolamenti di contabilità e recenti normative anticorruzione) e vincoli europei al rispetto della capa-

cià di scelta dei soggetti pubblici, nasce appunto dalle dinamiche triangolari regolatore sovranazionale-amministrazioni domestiche-Stati, tipiche del diritto amministrativo globale (4). Esse concorrono alla riduzione degli ambiti di disciplina nazionale e giocano a favore di una filosofia delle commesse pubbliche molto diversa da quella tradizionale.

Le misure della Dir. n. 24 sono trasposte, per questo motivo, con la tecnica del *copy out* (5) e nel codice trovano ora spazio gli obiettivi dell'agenda comunitaria delineata in Europa 2020.

Nell'analisi che segue si individuano i fili nuovi che infittiscono la trama delle disposizioni previgenti e contribuiscono a delineare un quadro complessivamente più ricco, sebbene allo stato ancora in parte incompleto e non sempre di agevole lettura.

Le nuove disposizioni sono contenute nella parte seconda del nuovo Codice, al titolo terzo, dedicato alla "Procedura di affidamento", capo secondo ("Procedura di scelta del contraente per i settori ordinari"). Nella struttura del provvedimento normativo tali disposizioni sono precedute da rilevanti indicazioni sui principi per l'aggiudicazione (art. 30), sulle fasi procedurali (art. 32), sulle soglie di valore economico per l'applicazione (artt. 35 e 36) e sulle modalità comuni alle diverse procedure di affidamento (artt. 44-58). Soltanto per tale ultimo profilo, l'articolazione dei temi differisce dalle direttive. Le previsioni sulla digitalizzazione, le tecniche e gli strumenti per gli appalti elettronici e aggregati nel Codice - a differenza della direttiva - sono, infatti, anteposte alle regole sulle procedure. Sembrerebbe una scelta significativa della priorità che tali strumenti e forme acquistano per il legislatore delegato, nell'economia del nuovo sistema. Meno chiara appare la logica dell'inserimento delle garanzie a favore degli operatori economici dei paesi terzi (di pari trattamento rispetto agli altri) dopo disposizioni di dettaglio su consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese (art. 49). Fra le garanzie previste, ad esempio, dall'AAP (art. 49) e

(1) Sia consentito, in proposito, rinviare a H. Caroli Casavola, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2012.

(2) Sul procedimento e i nodi della riforma del GPA, approvata nel 2012, S. Arrowsmith, R. Anderson, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Oxford, 2011. Il testo originario risale al 1994 e fu negoziato nell'ambito degli accordi di *Single Undertaking* dell'Organizzazione mondiale del commercio-Omc. Sulla distanza di prospettiva di Stati uniti e paesi europei sul tema specifico della negoziazione ai fini di aggiudicazione, W. Steinicke, *Public procurement and the negotiated procedure - A lesson to learn from U.S. Law?*, in *Eur.*

Competition L. Rev., 2001, 331 ss.

(3) L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, n. 2-3, 2015, 291 ss., spec. 340.

(4) V. S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, n. 3, 657 ss.

(5) Sulla tecnica di trasposizione indicata, P. Patatini, *Il processo di recepimento delle direttive europee in Gran Bretagna*, in A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli il processo*, settembre 2015, www.astrid.eu.

dai principali regimi regolativi globali dei contratti, la maggior parte ha carattere procedimentale (6) e assicura l'effettività dei principi *ivi* originariamente formulati e riconosciuti già nel Codice del 2006. Una collocazione nel titolo primo della parte sugli appalti nei settori ordinari sarebbe coerente alla rilevanza e pertanto, auspicabile in sede di adozione del decreto correttivo.

I principi

L'art. 30 del nuovo Codice innova il previgente art. 2 per almeno quattro aspetti. Anzitutto, è confermato il nucleo dei principi portanti del sistema: economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e giusto procedimento. A rendere più flessibile l'aggiudicazione intervengono adesso i principi di tutela sociale, della salute, dell'ambiente e del patrimonio culturale, nonché quelli di promozione dello sviluppo sostenibile, dell'efficienza energetica e del ruolo economico delle microimprese, delle piccole e medie imprese (comma 1). Tali profili identificano il nuovo *public procurement* concepito dal legislatore comunitario due anni fa in coerenza con gli obiettivi politici dell'Unione, di cui esso costituisce un tassello centrale e strategico (7). In secondo luogo, vi è espresso divieto per le autorità appaltanti di "limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi" (comma 2). La formula è pressoché identica a quella usata nella direttiva (art. 18) e mira a "garanti[re] la dimensione europea del mercato dei contratti pubblici" (8), anche alla luce della giurisprudenza sulle pratiche più comuni di condizionamento dell'attività di aggiudicazione. In terzo luogo, gli obblighi di carattere ambientale, sociale e del lavoro, stabiliti da contratti collettivi e discipline nazionali e non, vincolano gli operatori economici nell'esecuzione di appalti e concessioni. In quarto luogo, vi è una misura di riordino e in parte di novazione. Sono qui assorbite, infatti, le garanzie del tratta-

mento retributivo e previdenziale dei lavoratori (9), già accordate dalla normativa dei lavori pubblici (10). Rileva, in particolare, il potere dell'autorità appaltante di intervenire ad assicurare l'adempimento degli oneri contributivi a favore dei dipendenti dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi fiduciari, impiegati nell'esecuzione del contratto. Ciò sia in ipotesi di ritardo che di inadempimento. Nel primo caso, riscontrata l'irregolarità del documento unico di regolarità contributiva, il responsabile del procedimento rivolge un invito scritto al datore di lavoro affinché provveda entro quindici giorni. In assenza di contestazione formale e motivata, l'ente appaltante "paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate" e detrae il relativo importo dalle somme dovute al contraente e al subappaltatore inadempiente. Nel secondo caso, l'appaltante trattiene dal pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza "per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile". Tali disposizioni sono importanti perché ispirate dall'esigenza che anche nell'attività contrattuale pubblica non manchi il sostegno ai lavoratori ed essa si svolga in condizioni socialmente accettabili: una crisi economica di proporzioni mai viste dai tempi della grande Depressione giustifica il peculiare rilievo delle misure in parola. Tuttavia, la formulazione dettagliata stride con le restanti disposizioni sui principi (indicati in termini generali) ed evidenzia una logica di collocazione sistematica utile soprattutto alla riduzione del numero degli articoli. Limitando a tale specifica sede il richiamo alle forme di protezione sociale dei lavoratori, le ulteriori prescrizioni di dettaglio andrebbero forse più adeguatamente inserite fra quelle comuni della prima parte.

L'ambito di applicazione

Passiamo alle regole che individuano in termini positivi e negativi il "perimetro" dell'ambito applicativo e che potranno essere utili a stabilire se le nuove procedure si applicheranno a più o meno casi rispetto al passato: rilevano, da un lato, alcune

(6) H. Caroli Casavola, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 295.

(7) Per un inquadramento delle direttive in rapporto agli obiettivi politici dell'agenda Europa 2020, si rinvia ai commenti pubblicati in questa *Rivista*, al n. 12 del 2014, dedicati a *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni* e *ivi* a H. Caroli Casavola, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche*

Ue 2020, 1135-40 e C. Lacava, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, 1141-9.

(8) Parere Cons. Stato 21 marzo 2016, 8.

(9) Art. 30, comma 4, cod.

(10) Artt. 7 e 13 del decreto Ministro dei lavori pubblici, n. 145 del 2000, recepiti dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (commi 4-6).

misure dei primi due titoli (artt. 1-20), dall'altro, le determinazioni relative alle soglie (Parte II, artt. 35-6).

Riguardo alle prime, meritano considerazione l'art. 1, le definizioni e le fattispecie di contratti esclusi. L'art. 1 individua l'oggetto di disciplina nei "contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi a oggetto l'acquisto di servizi, forniture, lavori e opere nonché i concorsi pubblici di progettazione". Segue un elenco di categorie di contratti che, rispetto al codice previgente estende la sfera applicativa delle nuove regole in almeno quattro direzioni: gli appalti sovvenzionati dalle amministrazioni aggiudicatrici e quelli connessi, le opere di urbanizzazione cd. a scomputo, quelle realizzate "in regime di convenzione" e i contratti relativi al settore della difesa. Riguardo ai primi, la sovvenzione deve superare la metà del valore del contratto di lavori di genio civile (All. 1) o edili relativi a ospedali, scuole, università, impianti sportivi, ricreativi, per il tempo libero e destinati a fini amministrativi. È qui riprodotto alla lettera l'art. 13 della direttiva, ma si applica la soglia di un milione di euro, secondo il codice previgente (11). Quanto alle seconde (12), le disposizioni valgono adesso anche nelle ipotesi di rilascio di "altro titolo abilitativo" e di esecuzione dei lavori di urbanizzazione da parte dei privati "in regime di convenzione" (13). Per il settore della difesa, è confermato l'obbligo di aggiudicare i contratti secondo le regole comuni (come previsto dal previgente Codice) con poche limitate eccezioni (14). Sulla base della giurisprudenza e della normativa comunitarie, sono posti nuovi "palletti" ad evitare l'estensione delle ipotesi di deroga: nella tutela di tali interessi, infatti, va garantita la scelta delle "misure meno invasive, ad esempio

l'imposizione di condizioni intese a proteggere la riservatezza delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili in una procedura di aggiudicazione" (15). Inoltre, con riferimento ai contratti misti, è richiesto che l'aggiudicazione con un appalto unico "sia giustificata da ragioni oggettive" (16). In questo settore, si pone il problema degli acquisti di materiale *dual use* (ad uso civile e militare), quando oggetto d'appalto sono prodotti classificati militari, dei quali esistano, tuttavia, applicazioni civili largamente simili.

Si deve, peraltro, al Consiglio di Stato l'opportuna raccomandazione di eliminare dall'originaria formulazione dell'art. 1, l'inciso che "salvava" "le speciali disposizioni vigenti per amministrazioni, organismi e organi dello Stato dotati di autonomia finanziaria e contabile" (17). Per questo profilo, come vedremo per altri, l'Organo consultivo boccia sonoramente il legislatore e qualifica la previsione come "una generalizzata sottrazione al codice", illogica e contrastante con le direttive e la legge delega (18). Ciò evidenzia un problema ricorrente nei settori oggetto di normazione frammentaria e alluvionale, come i contratti in questione: deroghe sono apportate più spesso dal legislatore mediante norme speciali (come nel caso Expo) che dalle amministrazioni sulla base della disciplina ordinaria (19).

Fra le definizioni (art. 3), la nozione di "enti aggiudicatori" non trova corrispondenza nella direttiva (n. 24, art. 2) e ha "contenuto variabile": il significato è individuato secondo la parte del Codice in cui è usata (20). Il novero dei soggetti ricompresi nella formula cambia ed è predeterminato funzionalmente all'aggiudicazione di un contratto di lavori, servizi e forniture (Parte II cod.) o di una concessione (Parte III cod.) (21). L'ambivalenza

(11) Art. 32, comma 1, lett. d), cod. 2006.

(12) Si tratta delle opere che i privati intendono realizzare e per cui si assumono in via diretta l'onere di realizzare i relativi lavori di urbanizzazione, a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire (art. 1, comma 2, lett. e).

(13) L'espressione è volta a ricondurre alle fattispecie disciplinate dal nuovo Codice anche quella del "permesso di costruire convenzionato" previsto dall'art. 17, comma 1, lett. q), D.L. n. 133 del 2014 (decreto cd. Sblocca Italia), che modifica il Testo Unico dell'edilizia con l'art. 28 *bis* del d.P.R. n. 380 del 2001.

(14) L'art. 1, comma 6 riproduce le disposizioni del codice previgente (art. 1 *bis*) e della Dir. n. 24 (art. 15). Le eccezioni hanno ad oggetto materiale militare e sensibile, quando sono soggetti a procedure disciplinate da accordi o intese o organizzazioni internazionali e nei casi in cui rileva la tutela di interessi essenziali di sicurezza nazionale (artt. 2 e 6 del D.Lgs. n. 208 del 2011, che recepisce la dir. 2009/81/CE, e su cui v. H. Caroli Casavola, *La disciplina degli appalti del Ministero della difesa*, in

questa *Rivista*, 2013, 11, 1034-44).

(15) Art. 15, comma 2, Dir. n. 2014/25/UE, corrispondente alla lettera all'art. 159, comma 1, cod.

(16) Art. 16, comma 2, Dir. n. 24 e art. 160 cod.

(17) Cons. St., parere 1° aprile 2016, n. 885 (al testo approvato dal Consiglio dei ministri, il 3 marzo 2016).

(18) Cons. Stato, par. 1° aprile 2016, 44 (p. III.a).

(19) Cfr. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., 317.

(20) Nel codice previgente sono usate locuzioni diverse per la parte II, relativa ai settori ordinari ("soggetti aggiudicatori") e le altre ("enti aggiudicatori").

(21) Si tratta, nel primo caso, di "amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività" oggetto dei settori speciali (artt. 115-121 cod.) e di esercenti una o più di tali attività come titolari di diritti speciali ed esclusivi. Nel secondo, di "enti che svolgono una delle attività" oggetto di concessione (All. II cod. corrispondente all'All. II della Dir. n. 2014/23) "ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività, quali: (2.1) le amministrazioni

del significante è, in sostanza, funzionale a distinguere dalle altre le autorità che aggiudicano contratti relativi ai settori speciali e contratti di concessione. Di conseguenza, per non incorrere in confusione l'interprete deve attenersi rigorosamente al criterio sistematico. Nel complesso, il numero di capoversi dedicati alle definizioni passa dai 57 del vecchio codice ai 125 del nuovo. Ciò è conseguenza sia del recepimento delle nuove definizioni presenti nelle direttive (22), sia dell'intento di riordinare la normativa nazionale, che comporta nuovi istituti (come i "soggetti aggregatori") e nuovi oggetti (come le "opere pubbliche incompiute" e i "lavori complessi"). Per altro, la gamma dei contratti esclusi si estende (solo) limitatamente a tipologie di contratti rilevanti nei settori speciali e per ragioni peculiari connesse all'oggetto (23).

Quanto alle soglie di valore, esse crescono rispetto alla direttiva. Per quelle di rilevanza comunitaria, la differenza è dovuta al nuovo meccanismo di adeguamento biennale, reso per la prima volta efficace con l'adozione dei tre regolamenti del novembre 2015 (24). Sul piano normativo, si evidenzia il tenore restrittivo (già nella direttiva) di applicazione della soglia per gli appalti di forniture e servizi e i concorsi di progettazione (euro 135 mila (25)) delle autorità governative centrali (26) e della difesa.

In quest'ultimo caso, il Codice si applicherà agli appalti concernenti soltanto alcuni specifici prodotti, con eccezioni significative (27). Il nodo principale è rappresentato, tuttavia, dai contratti sotto-soglia (art. 36 cod.). Vi rientrano il novanta per cento delle commesse pubbliche e il decreto n. 163 del 2006 prevedeva forme semplificate di aggiudicazione (artt. 122 e 123), confliggenti con la direttiva del 2014 (28). Su questo, insieme ai contratti misti (29), il Consiglio di Stato, nel suo parere, invitava alla "prudenza". Si tratta, infatti, di ambiti in cui più facilmente si addensano casi dubbi e vi è il rischio che un'eccessiva attenuazione dei vincoli procedurali (30) possa offrire occasione di aggirare le garanzie caratteristiche delle procedure ordinarie d'affidamento, a detrimento della concorrenza e della partecipazione.

Rinviando al proseguo l'esame dei profili procedurali dell'affidamento dei contratti sotto-soglia, qui è opportuno evidenziare la riduzione del valore ("subsoglia nel sotto-soglia") per l'applicazione della procedura competitiva negoziata (e l'esclusione dell'affidamento diretto) ai contratti di lavori che non siano eseguiti in amministrazione diretta e non concernano l'acquisto e il noleggio di mezzi (31).

dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti; (2.2) le imprese pubbliche sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante (o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese; cfr. art. 3, comma 1, lett. t); (2.3) gli enti diversi da quelli indicati nei punti precedenti, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui all'allegato II. Gli enti cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi non costituiscono "enti aggiudicatori" ai sensi del presente punto 2.3" (art. 3, comma 1, lett. e).

(22) Fra cui quelle di "concessione", caratterizzata dall'assunzione del "rischio operativo", "amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali", "joint venture", "ciclo vita" e altre.

(23) Si rinvia in proposito al contributo di D. Galli, *I settori speciali*, *infra*, in questo numero della *Rivista*.

(24) Regg. 24 novembre 2015, n. 2015/2170/UE, n. 2015/2171/UE, n. 2015/2172/UE, che attuano l'art. 6 della Dir. n. 24.

(25) La soglia di valore per l'aggiudicazione di contratti di appalto di lavori e di concessione è pari a euro 5 milioni 225 mila, mentre è di 209 mila euro quella per i contratti di appalto di forniture, servizi e concorsi di progettazione delle amministrazioni subcentrali e della difesa che concernano, in tal ultimo caso, prodotti non menzionati nell'allegato VIII. È inoltre prevista una specifica soglia di valore di 750 mila euro per i contratti di servizi sociali e altri servizi specifici (art. 35, comma 1, cod.).

(26) Sono così indicati, all'Allegato III cod., la Presidenza del consiglio dei ministri, i ministeri e le articolazioni territoriali dell'Interno (Prefetture-Uffici Territoriali del Governo e le Direzioni regionali e interregionali dei Vigili del Fuoco), del Lavoro e politiche sociali e del Mibac (ed esclusi i giudici di pace).

(27) Fra le altre, sono previste eccezioni per esplosivi, pneumatici antiproiettile, navi da guerra, reattori nucleari, telecomunicazioni, "macchine automatiche per l'elaborazione dell'informazione", microscopi. Nell'ambito delle negoziazioni relative all'applicazione del GPA (o AAP) del 2012, all'Appendice I, Allegato 1, punto 3 (doc. WT/Let/887 del 1° luglio 2013), testo che vincola i paesi membri dell'Ue negli accordi internazionali dell'Omc, Svezia e Austria hanno, ad esempio, optato per un minor numero di eccezioni.

(28) L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., 329.

(29) L'art. 28 cod. (trasposto per *copy out* dalle direttive nn. 24 e 25, rispettivamente art. 3 e, artt. 5 e 6), individua nell'oggetto principale del contratto c.d. misto l'elemento di discriminazione ai fini della determinazione della procedura di aggiudicazione applicabile. Si recepisce in tal modo la giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa, fra gli altri, al caso *Loutraki* (6 maggio 2010, C-145/08 e C-149/08).

(30) La legge di delega fa riferimento, per la disciplina dei contratti sotto-soglia, a "criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti", con la salvaguardia dei "principi di trasparenza e imparzialità della gara" (art. 1, comma 1, lett. g e ii, L. 28 gennaio 2016, n. 11).

(31) Le subsoglie sono differenziate per l'oggetto: per i lavori fino a euro 40 mila, fino a 150 mila (nel testo previgente era fissata in 200 mila) e un milione di euro; per forniture e servizi, fino a 40 mila, fino a 135 mila e 209 mila (art. 36, comma 2, lett. b e c). Esse individuano due classi di importo rilevanti

Dall'analisi che precede può escludersi una restrizione collegata agli elementi sin qui considerati ed emerge un positivo intento espansivo della sfera applicativa delle nuove regole.

I tipi di procedure aggiudicative e la possibilità di scelta

Le disposizioni sulle procedure recepiscono quasi integralmente il testo della direttiva e danno l'esatta misura di come la materia sia attratta alla disciplina sovranazionale. Il legislatore domestico apporta solo minime integrazioni, sebbene d'importanza non secondaria. Nella scelta delle procedure (art. 59 cod.) si introducono, ad esempio, il vincolo a porre a base di gara degli affidamenti di contratti di lavori, il progetto esecutivo e il divieto dell'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione (con alcune eccezioni, fra cui concessioni e PPP).

In conseguenza alla trasposizione delle due nuove procedure ad evidenza pubblica (competitiva con negoziazione e partenariato per l'innovazione), il quadro complessivo risulta articolato in sei tipologie procedurali, di cui per motivi di spazio si analizzano di seguito soltanto le principali caratteristiche e novità.

Procedura aperta (art. 60 cod.). Resta la procedura "capolista" e assicura la massima apertura alla concorrenza: tutti gli operatori interessati possono, infatti, presentare un'offerta in risposta ad un avviso o bando di gara. Nella disciplina di questa e delle tre tipologie seguenti, i soggetti procedenti sono individuati nelle "amministrazioni aggiudicatrici" (32). Come per quella ristretta, l'esclusione dalla gara è disposta in assenza dei requisiti minimi per la selezione qualitativa. A differenza della direttiva, non è prevista la riduzione del termine per l'invio elettronico delle offerte in coerenza alla scelta del nostro legislatore di rendere obbligatorio l'uso del mezzo elettronico (33). Non è trasposta, inoltre, l'opzione di procedura aperta con esame delle offerte anteriore alla verifica di assenza di cause di esclusione e di rispetto dei criteri selettivi (34). La stessa disciplina comunitaria consente, infatti, di escludere o limitare l'uso di tale modalità

procedurale (art. 56, par. 2, comma 2), che nel nostro ordinamento risulterebbe illegittima con riferimento, in particolare, ai requisiti generali dell'offerta.

Procedura ristretta (art. 61 cod.). Anche questa procedura deve essere comunque aperta al maggior numero di partecipanti possibile, ma la presentazione dell'offerta da parte degli interessati è subordinata all'invito a partecipare alla procedura (art. 91 cod.). Tale invito è rivolto dalle amministrazioni aggiudicatrici agli operatori economici candidatisi (rispondendo ai requisiti dell'avviso di indizione di gara), che soddisfano i criteri selettivi. La limitazione della concorrenza realizzata mediante la caratteristica fase della selezione dei candidati, "altrimenti qualificati da invitare a partecipare" (art. 91), è possibile anche nelle procedure competitive con negoziazione, di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione (p. 3, 5 e 6). È questa una delle nuove disposizioni europee che ampliano la discrezionalità delle autorità aggiudicatrici e rendono flessibile la procedura, creando "snodi" nella tradizionale sequenza delle fasi, liberamente gestibili dalle amministrazioni (35). La limitazione è praticabile in presenza di determinati presupposti - "la difficoltà o complessità dell'opera, della fornitura o del servizio", tale da precludere l'efficiente svolgimento della procedura aperta - e a condizioni prestabilite. Queste ultime consistono nelle garanzie di un numero minimo di invitati da stabilirsi comunque nella misura "sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza" (36), del rispetto del principio di proporzionalità nell'indicazione dei criteri selettivi, che devono essere oggettivi e non discriminatori. Il fatto che, a differenza della direttiva, il Codice indichi direttamente tale numero minimo (cinque nella procedura ristretta e tre nelle altre indicate; art. 91, comma 2) rappresenta una limitazione della capacità di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice che contrasta con il cd. divieto di *gold plating*, previsto dalla legge di delega. La prescrizione di un preciso numero vale ad introdurre, infatti, un livello di regolazione ulteriore e più incisivo rispetto a quelli contenuti nella direttiva da recepire.

per la determinazione di un regime competitivo o di gara (o mini-gara) di affidamento dei contratti (da euro 40 mila).

(32) La nozione comprende le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali e quelli non economici, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni, unioni, consorzi di detti enti comunque denominati (art. 3, comma 1, lett. a).

(33) Art. 60, comma 3, cod. e art. 27, comma 3, Dir. n. 24.

(34) Tale "variante" di procedura aperta è prevista all'art.

56, par. 2, comma 1, Dir. n. 24.

(35) Un altro esempio è rappresentato dalla possibilità per le amministrazioni, nella fase di preparazione dell'appalto, di acquisire consulenze di esperti o autorità indipendenti o partecipanti al mercato (art. 66, comma 2, cod. e art. 40, Dir. n. 24).

(36) Art. 91, comma 2, cod. che riprende l'art. 65, comma 2, par. 2 della Dir. n. 24.

Procedura competitiva con negoziazione (art. 62 cod.). È la principale novità della direttiva n. 24 (art. 29), assorbe la tipologia previgente di procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara ed è prevista esclusivamente per gli appalti nei settori ordinari. Le amministrazioni possono usare la nuova procedura (come il dialogo competitivo) quando non siano in grado di definire gli strumenti o le soluzioni più adeguati alle proprie esigenze e di valutare le offerte di mercato, anche a causa dell'assenza di *standard* e riferimenti tecnici, giuridici o finanziari. In tali ipotesi, esse si limitano a indicare tali esigenze (illustrando le caratteristiche delle forniture, dei lavori e dei servizi) e determinare i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione. In particolare, le informazioni (che devono essere "sufficientemente precise", comma 3) su esigenze, caratteristiche e requisiti costituiscono la base per la formulazione delle offerte iniziali da parte degli operatori e queste, a loro volta, la base per la successiva negoziazione. Tale negoziazione si svolge attraverso la presentazione di ulteriori, più evolute offerte, la loro progressiva selezione, riduzione di numero e nuova negoziazione da parte dell'amministrazione ed ha il fine di precisare e migliorare il contenuto di quelle iniziali. Con la decisione di chiudere la negoziazione, essa fissa il termine per la presentazione delle offerte finali (nuove o modificate), le valuta in relazione ai criteri predeterminati (sempre esclusi dalla negoziazione) e infine aggiudica. Un elemento di flessibilità della procedura appena descritta è contemplato nel caso in cui l'amministrazione si riservi *ex ante* - con previsione nel bando di gara o nell'invito a presentare le offerte - la possibilità di aggiudicare l'appalto sulla base dell'offerta iniziale (comma 8).

Procedura negoziata senza pubblicazione di bando e contratti sotto-soglia. Il codice non contiene novità con riferimento a tale procedura (art. 63 cod.) che, per i contratti di importo sopra-soglia, continua ad avere carattere eccezionale (come ribadito dal disegno di legge delega) ed essere attivabile in presenza di circostanze ben determinate. Tali circostanze sono trasposte con la tecnica del *copy out* e comprendono, fra l'altro, l'esperimento di una procedura aperta o ristretta infruttuoso per assenza di offerte e il caso dell'oggetto d'appalto che possa essere fornito soltanto da un unico operatore. Tale procedura è, tuttavia, quella prescelta con riferimento ai

contratti sotto-soglia, su cui conviene svolgere alcune considerazioni. Con riferimento ai principi, vale anzitutto l'obbligo di rispettare quelli comuni (art. 30) e i due ulteriori di "rotazione" (37) ed "effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese" (art. 35, comma 1). In secondo luogo, si salvaguarda, con un inciso in realtà pleonastico, all'inizio del secondo comma, la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. L'obbligo di procedura aperta si attiva soltanto per l'affidamento di contratti di valore superiore al milione di euro per i lavori, una soglia abbastanza consistente che finisce per limitare le prospettive concrete di un regime avanzato di concorrenza in questo settore di mercato pur contendibile per le imprese straniere. La novità positiva, rispetto al testo previgente, è invece che viene eliminato l'articolo sulle "procedure in economia" per l'acquisto di beni e servizi, sebbene permanga la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto, con adeguata motivazione, nel caso di contratti fino a 40 mila euro. Ciò è altresì previsto per l'esecuzione di lavori entro la stessa soglia, con l'alternativa dell'amministrazione diretta. Questa rimane disponibile per i contratti fino a euro 150 mila, con un'eccezione piuttosto ampia e indeterminata per "l'acquisto e il noleggio di mezzi". In tutti gli altri casi, il contraente è scelto mediante una "procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti". Per i contratti relativi alla seconda classe di importo, la consultazione è estesa a dieci operatori e la procedura è determinata con riferimento all'art. 63 cod. Anche in tali casi, come per la procedura ristretta, la precisazione del numero degli operatori economici da consultare eccede il livello di regolazione della fonte comunitaria, limita la capacità di scelta delle amministrazioni in misura non richiesta dal diritto UE e risulta, pertanto, in contrasto con il richiamato divieto di *gold plating* della legge delega.

Dialogo competitivo (art. 64). Con il partenariato per l'innovazione forma il *tandem* delle procedure che gli Stati membri sono vincolati a recepire in base alla normativa del 2014 (38). In entrambi i casi, la determinazione a usare tali procedure comporta l'obbligo di motivazione della scelta. A diffe-

(37) Il criterio di rotazione, con l'obbligo di preventiva consultazione di almeno cinque operatori economici, era già indicato all'art. 125 del vecchio codice, con riferimento ai cottimi

fiduciari.

(38) Artt. 30 e 31 Dir. n. 24.

renza della direttiva, che fa riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici, i soggetti titolati a ricorrere al dialogo competitivo sono nel codice le “stazioni appaltanti”. Tale categoria comprende le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori - vale a dire, amministrazioni o imprese pubbliche che svolgono una delle attività oggetto dei settori speciali -, i soggetti pubblici e privati assegnatari di fondi rilevanti in tema di partenariato pubblico-privato e gli altri privati tenuti ad osservare il codice. La sfera di applicazione risulta, pertanto, notevolmente ampliata. La disciplina del dialogo competitivo è analoga a quella di procedura competitiva con negoziazione (questa, in effetti, è ripresa da quello), con presupposti, tuttavia, talvolta imprecisi e dovuti alla sovrapposizione di interventi normativi successivi nel tempo. Essi rivelano il *trade-off* regolativo all'origine di tale istituto - il primo a introdurre elementi di flessibilità nelle diverse fasi della procedura “classica” (aperta, ristretta e negoziata) di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Dir. 2004/18/EC) -, vale a dire, maggiore elasticità mediante maggior complessità (39). *Partenariato per l'innovazione* (art. 65). È la seconda importante novità della direttiva del 2014. Anche con riferimento a tale procedura, la trasposizione determina un ampliamento della sfera soggettiva di applicazione. Possono optare per questo tipo di partenariato, infatti, sia le amministrazioni aggiudicatrici sia gli enti aggiudicatori. Si segue una procedura analoga a quella competitiva con negoziazione, con gli stessi limiti del negoziabile (criteri di aggiudicazione e requisiti minimi) e le stesse possibilità di progressiva rinegoziazione delle offerte iniziali per determinare i contenuti di quella finale. In base ad essa, vengono definiti i livelli di prestazione attesi e i costi massimi da sostenere per la realizzazione e lo sviluppo del processo innovativo. Se previsto nei documenti di gara, l'amministrazione ha, inoltre, la possibilità di decidere di terminare la *partnership* in ogni fase della procedura amministrativa che si svolge in parallelo. L'oggetto del contratto sono prodotti, servizi o lavori non disponibili sul mercato e in rapporto ai quali il soggetto pubblico intende porsi alla guida del processo d'in-

novazione: è il caso della produzione di prototipi che richiede lo svolgimento di attività di ricerca, esposta inevitabilmente al rischio di fallimento. A tal fine l'individuazione del *partner*, con cui instaurare un rapporto di cooperazione e reciproca fiducia, è possibile più agevolmente attraverso forme non rigide di interazione, che lascino spazio anche ad elementi intuitivi.

Nel complesso, le procedure sono disciplinate in modo da offrire una varietà di soluzioni e strumenti differenti, utili a soddisfare le esigenze degli attori pubblici in contesti e situazioni disparate. Non sono concepite “a compartimenti stagni”, ma in schemi operativi *multiple-choice*. Non limitano ma moltiplicano le opportunità di autodeterminazione dei soggetti della sfera pubblica e mirano a potenziarne le abilità negoziali e commutative rispetto agli snodi delle procedure. La scelta di una non vincola, infatti, il soggetto procedente ad esaurire l'intera sequenza delle fasi tipizzanti ed è sempre reversibile quando un'offerta incontra l'interesse pubblico.

La distinzione fra i tipi e le fasi procedurali non è rigida: si pensi alla selezione dei candidati qualificati, prevista quale fase eventuale nell'ambito di tre procedure. Inoltre, come dimostra la duplicazione fra procedura competitiva con negoziazione e dialogo competitivo, l'intento del legislatore comunitario (che qui prevale) non è la razionalizzazione del quadro normativo. L'intento è piuttosto mettere gli attori pubblici in condizioni di poter guidare i processi di sviluppo economico e sociale europei attraverso l'attività contrattuale. Ciò ponendo al contempo un freno ai legislatori nazionali per prevenire iper-normazione e (l'adozione di) misure protezionistiche.

Della tradizionale esclusività statale rimangono, in definitiva, la possibilità di calibrare l'ambito soggettivo di operabilità delle procedure anche in considerazione delle specifiche caratteristiche di articolazione organizzativa della sfera pubblica nazionali, determinate sfere oggettive di regolazione - di cui la più problematica è il c.d. “sottosoglia” - e la flessibilità di scelta della procedura fra quelle espressamente disciplinate.

(39) F. Lichére, *New Award Procedures*, in *EU Public Contract Law*, a cura di M. Trybus - R. Caranta - G. Edelstam, 81 ss., spec. 85. La duplicazione con la procedura competitiva con negoziazione (a livello comunitario) si spiega con l'esigenza di assicurare alle amministrazioni, da un lato, un maggior grado di flessibilità delle procedure esistenti, dall'altro, gli strumenti di cui già fanno ampio uso, come si verifica per le pro-

cedure d'appalto delle amministrazioni locali e regionali delle aree di confine, per cui è stato registrato un alto numero di offerte di imprese frontaliere (v. considerando 42 della Dir. n. 24). Cfr. J. Davey, *Procedures involving negotiation in the new Public Procurement Directive: key reforms to the grounds for use and the procedural rules*, in *P.P.L.R.*, 2014, n. 3.

I criteri di aggiudicazione di Chiara Lacava

Nei criteri di aggiudicazione il Codice recepisce fedelmente le direttive europee e introduce elementi molto innovativi anche sul piano concettuale rispetto alla previgente disciplina. La novità principale è la netta preferenza del legislatore per l'offerta economicamente più vantaggiosa, che diventa la regola, mentre il prezzo più basso diventa l'eccezione. La ricchezza e varietà dei criteri indicati in base ai quali è valutata l'offerta conferma, inoltre, la centralità dei temi ambientali e sociali nella disciplina degli appalti pubblici. Altra novità è la definizione del concetto di costo, quale "costo del ciclo di vita", che conferisce alla concezione del prezzo, oltre la dimensione dell'articolazione dei diversi oneri, soprattutto quella "temporale", vale a dire il costo determinato da oneri successivi all'acquisizione in sé. Infine, si fa chiarezza sulla previsione della qualità dell'offerente tra i criteri di aggiudicazione. Appare invece farraginoso e inutilmente complicata la disciplina relativa all'individuazione delle offerte anomale.

La preferenza per l'offerta economicamente più vantaggiosa

La disciplina si apre, come disposto dall'art. 56 della Dir. 24/2014/UE, con l'affermazione di principio che l'aggiudicazione avviene sulla base di due presupposti fondamentali: la conformità dell'offerta ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara; la provenienza di tale offerta da parte di un offerente non escluso e che soddisfa i criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice; inoltre, è attribuita alla stazione appaltante la facoltà di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, se tale offerta non soddisfa gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro (art. 94).

Il successivo art. 95, in attuazione dei principi della legge delega (1), contiene elementi fortemente innovativi anche sul piano concettuale rispetto al previgente art. 81, recependo in modo pressoché identico il contenuto e le finalità dell'art. 67 della Dir. 24 (2), a partire dal monito di carattere generale del limite del potere discrezionale della stazione appaltante nella scelta dell'offerta, che deve essere effettuata sulla base di criteri di aggiudicazione tali da garantire una concorrenza effettiva (comma 1) (3).

Mentre la disciplina precedente del Codice prevedeva, come noto, due criteri di aggiudicazione - offerta economicamente più vantaggiosa e prezzo più basso - a libera scelta dell'amministrazione in relazione all'oggetto dell'appalto, il nuovo codice privilegia nettamente il primo criterio che diventa la regola. Il criterio del prezzo più basso rappresenta, invece, l'eccezione (4). Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, infatti, procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 2). Questo criterio, a sua volta, viene radicalmente riformulato, perché l'offerta migliore è individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (c.d. *best price quality ratio*), valutato secondo criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali collegati all'oggetto dell'appalto di cui viene fornito un elenco esemplificativo (comma 6), oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo però un approccio costo/efficacia, quale il costo di ciclo di vita, conformemente al successivo art. 96.

La novità sta quindi in quattro aspetti principali: 1) l'esplicita preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (5); 2) la nuova

(1) Art. 1, lett. p), ff), gg), oo), ccc), ddd), fff), ggg), L. n. 11/2016.

(2) P. Bordalo Faustino, *Award criteria in the new EU Directive on public procurement*, in *PPLR*, n. 3/2014.

(3) Art. 95, comma 1 per il quale "I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta".

(4) Tanto che sparisce l'intero art. 82 derubricato "Criterio del prezzo più basso". Vale ricordare, in proposito, che soltanto a seguito della sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre

2004 (C-247/02), si è provveduto, non senza una certa riluttanza, ad adeguare l'ordinamento nazionale a quello comunitario. In conseguenza, è stata rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la scelta del criterio di aggiudicazione (art. 81), secondo i principi comunitari di esclusività, specificità e pubblicità nella selezione dell'offerta ed è stata rafforzata la disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83).

(5) Definito "concetto prioritario" nel Considerando 89, Dir. 24/2014/UE.

interpretazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa che deve essere confrontata con un concetto diverso da quello precedente, e cioè "il miglior rapporto qualità/prezzo"; 3) l'introduzione del costo accanto al prezzo, ma allo stesso alternativo, secondo un approccio costo/efficacia"); 4) la (parziale) esplicitazione normativa del concetto di costo, quale costo del "ciclo di vita".

Mentre resta in gran parte analoga rispetto al vecchio codice (art. 86) la disciplina sostanziale dei criteri di aggiudicazione: pubblicità, previa determinazione e proporzionalità in relazione all'oggetto dell'appalto, ponderazione in relazione a ciascun criterio tale da non alternare l'oggetto dell'affidamento (6), disciplina delle varianti in corso d'opera, etc. (7). Il comma 9 stabilisce inoltre che le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV). Al fine di facilitare le stazioni appaltanti e gli operatori economici, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), a seguito di consultazione pubblica, ha approvato un documento, di natura prevalentemente tecnico-matematica, finalizzato a fornire indicazioni operative per il calcolo dell'OEPV (8).

Il codice in attuazione del principio di preferenza sopra indicato, contiene poi una regolamentazione espressa delle ipotesi in cui, in relazione alla tipologia di appalto e/o all'importo, gli enti appaltanti possono utilizzare il criterio del prezzo più basso, nel qual caso devono tuttavia fornire adeguata motivazione (commi 4 e 5): i lavori di importo pari o inferiore a euro 1.000.000, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; i servizi e

forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; nonché i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo. Ciò a conferma che il nuovo sistema è incentrato sulla qualità, anche al fine di eliminare la causa principale del lievitare dei costi dei lavori pubblici rappresentata da gare su progettazioni preliminari. All'opposto, il legislatore prevede esplicitamente alcune ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono aggiudicare esclusivamente sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 3): i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, i servizi ad alta intensità di manodopera (9) e i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e dei servizi di natura tecnica e intellettuale, di importo superiore a euro 40.000.

Rimettere questa scelta al legislatore anziché alle stazioni appaltanti potrebbe fare insorgere il dubbio di una debole applicazione del divieto di *goldplating*, come segnalato dal Consiglio di Stato (10) tuttavia, la stessa direttiva (11) lascia liberi gli Stati di negare il ricorso soltanto al criterio del prezzo o del costo o di limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o tipi di appalto, probabilmente nella consapevolezza della necessità da parte degli Stati di stabilire regole e criteri per una riforma che spinga in modo netto verso la residualità del criterio del prezzo più basso. Si deve, tuttavia, sottolineare che l'aver mantenuto nella versione definitiva del codice la soglia così elevata per i lavori di importo pari o inferiore a euro 1.000.000 (che rappresentano la stragrande

(6) Sulla ponderazione, tuttavia, mentre con la Dir. 2004/18/CE e il D.Lgs. n. 163/2006 non era possibile assegnare al prezzo un punteggio particolarmente basso (o nullo) o prevedere una metodologia di calcolo tale da azzerare di fatto la componente prezzo, attualmente tale possibilità è ammessa dall'art. 95, comma 7, del Codice, secondo il quale è possibile competere esclusivamente sulla qualità. La norma lascia però aperta la definizione delle fattispecie per le quali è possibile annullare l'elemento costo nell'ambito dell'OEPV. Invero, il citato comma 7, rimanda all'art. 95, comma 2, per l'individuazione dei casi in cui si può ricorrere al prezzo fisso, ovvero in cui siano presenti "disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici". Tale casistica però non è esaustiva, in considerazione della locuzione "anche" utilizzata per il suddetto rimando. Sul punto si rinvia per un approfondimento alle Linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione di seguito citate.

(7) Per quanto riguarda la disciplina delle varianti in corso d'opera, sostanzialmente analoga a quella precedente dell'art. 76 si segnala soltanto, in attuazione della lett. ee) della legge delega un duplice obbligo di comunicazione: per gli appalti e le concessioni sotto soglia, si prevede una comunicazione all'Osservatorio sui contratti pubblici, mentre per i contratti sopra soglia si dispone che le varianti in corso d'opera di importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto sono trasmesse all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo.

(8) *Linee guida. Offerta economicamente più vantaggiosa*. Determinazione approvata dal Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 21 giugno 2016.

(9) Cioè i servizi che comportano un impiego della manodopera il cui costo è almeno pari al 50% dell'importo totale del contratto.

(10) Parere n. 855/2016 del 1° aprile 2016.

(11) L'ultimo capoverso, par. 1 dell'art. 67 della Dir. 24/2016.

maggioranza), malgrado il parere della camera dei deputati (12), ne attenua in parte la forza.

La preferenza per l'offerta economicamente più vantaggiosa esalta, a sua volta, la connessione tra disciplina dei contratti pubblici e politiche sociali e di tutela ambientale. Essa emerge in modo evidente innanzitutto nell'elencazione esemplificativa dei criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, in base ai quali è valutata l'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 6). In particolare, vi è una generalizzazione di alcuni criteri previgenti indicati nell'art. 83 al fine dell'ampliamento del loro ambito oggettivo (es. la redditività, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento e l'origine produttiva e, in caso di concessioni, la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da pratica agli utenti, non sono più elencati nel dettaglio), mentre vengono introdotte specificazioni in merito al criterio della qualità, con particolare riguardo alla accessibilità per i disabili e all'OHSAS (Occupation Health and Safety Assessment Series) che identifica uno standard internazionale per un sistema di gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori (13).

Inoltre, il Codice - e questo costituisce una novità assoluta - rimette alle amministrazioni aggiudicatrici la potestà di indicare nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali in relazione al maggior *rating* di legalità dell'offerente (14), nonché in relazione a beni, lavori, servizi che presentano un minore impatto sulla sicurezza e salute dei lavoratori e sull'ambiente e per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le mi-

croimprese, piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione, in questo confermando il *favor* verso le piccole e medie imprese (15). Da segnalare che il testo ha seguito solo in parte i criteri della legge delega sull'introduzione di "clausole sociali" volte a promuovere la stabilità occupazionale secondo criteri di territorialità dei contratti (16), che in effetti poteva nel concreto prestarsi a facili distorsioni e alla violazione dei principi comunitari di parità di trattamento e non discriminazione (17). Tuttavia, il rischio sussiste sempre, tant'è che l'ANAC ricorda, nel documento sopra citato, che il *rating* di legalità può essere richiesto esclusivamente da imprese italiane, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo pari ad almeno due milioni di euro. Di conseguenza, a meno che la stazione appaltante non sappia già, nella predisposizione del bando di gara o della lettera di invito, che alla procedura potranno partecipare solo imprese potenzialmente idonee ad avere il *rating*, è opportuno che, per il suo utilizzo, vengano introdotte compensazioni per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione. Inoltre, poiché l'elenco delle imprese che hanno un *rating* di legalità è pubblico, è opportuno limitare l'utilizzo di tale criterio nei casi in cui la stazione appaltante scelga direttamente gli operatori economici da invitare.

Da notare, infine, che al *rating* di legalità dal lato delle imprese corrisponde un *rating* di capacità dal lato delle amministrazioni aggiudicatrici, attraverso il sistema complesso di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dall'art. 37 del Codice, nell'ottica della razionalizzazione della spesa e dell'effi-

(12) Parere Atto Camera n. 283, che cita " - all'articolo 95, *apportare le seguenti modificazioni: a) al comma 3, lettera b), sostituire le parole: di ingegneria e architettura con le seguenti: di natura tecnica o intellettuale; b) al comma 4, sostituire le parole: ai sensi del comma 3 con le seguenti: ai sensi del comma 5; c) sostituire il comma 5 con il seguente: "5. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: a) per i lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; b) per i servizi e le forniture di importo pari o inferiore a 150.000 euro con caratteristiche standardizzate; c) per i servizi e le forniture di importo pari o inferiore a 150.000 euro, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo".*

(13) Il comma 6 precisa che la qualità comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per i soggetti con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innova-

tive, commercializzazione e relative condizioni; tra gli altri criteri, si ricordano, il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'UE, la compensazione delle emissioni di gas, il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, il servizio postvendita e l'assistenza tecnica, le condizioni di consegna come la data di consegna, la procedura, il periodo di consegna e il periodo di completamento, etc.

(14) Il sistema del *rating* di impresa e delle relative penalità e premialità da applicarsi ai fini della qualificazione delle imprese è disciplinato dall'art. 83, comma 10.

(15) Già espresso nel divieto di aggregazione artificiosa degli appalti e nell'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti.

(16) Art. 1, comma 1, lett. fff) e ggg), L. n. 11/2016.

(17) Sul punto, cfr. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, Relazione per il 61° convegno Studi Amministrativi, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Varenna, 17-19 settembre 2015.

cientamento delle procedure di appalto, che tuttavia apre scenari molto complessi, da valutare attentamente al fine di evitare che obiettivi, pur condivisibili, non vadano poi in concreto a detrimento della concorrenza del mercato, da un lato, e della responsabilità ed autonomia delle amministrazioni, dall'altro.

L'approccio costo/efficacia ed i costi del ciclo di vita

Il nuovo concetto di "costo del ciclo di vita" (c.d. *life-cycle costing*), dettagliato nell'art. 96 (18), riproduce fedelmente l'art. 68 della Dir. 24/2014/UE. Il legislatore comunitario aveva, a sua volta, recepito l'orientamento della Corte di giustizia, che ha sancito la legittimità della considerazione nei criteri di aggiudicazione di aspetti del ciclo di vita quali i processi di produzione ed il costo ambientale (19). Il concetto, di chiara derivazione anglosassone (tipologia contrattuale c.d. *cost-plus*), conferisce alla concezione di prezzo, oltre la dimensione dell'articolazione delle voci dei diversi oneri, soprattutto quella "temporale", vale a dire il costo determinato da oneri successivi all'acquisizione in sé, purché "il loro valore monetario possa essere determinato e verificato". Tali oneri sono distinti mediante un elenco non tassativo, in due categorie principali: a) "costi interni", generati dall'amministrazione aggiudicatrice (costo di acquisizione; costo correlato all'uso quale l'energia); costo di manutenzione; costo di fine vita (discarica e riciclo); b) costi relativi alle esternalità ambientali, quali i costi delle emissioni e di mitigazione ambientale.

In parte, i principi erano stati già introdotti nel nostro ordinamento con la L. 28 dicembre 2015, n. 221 (Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali), che aveva modificato l'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, introducendo il concetto di "ciclo di vita". La novità dei criteri e la centralità del tema ambientale e sociale rientrano nella finalità più generale dell'utilizzo strategico degli appalti pubblici, che muo-

ve dalla clausola orizzontale prevista nella Dir. 24/2014/UE (art. 18, comma 2) (20) e arricchisce in più parti la tassonomia delle norme a contenuto ambientale, da quella sui criteri di sostenibilità energetica ed ambientale che sono tenuti in considerazione dalle amministrazioni anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 34) a quella sulla certificazione delle qualità, e quindi sui *labels* specifici che possono essere richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici se i requisiti sono legati all'oggetto del contratto e sui *labels* equivalenti e prove alternative che devono ugualmente essere accettati (art. 87); sino a quella che prevede la possibilità per la stazione appaltante di non aggiudicare il contratto al miglior offerente se ha accertato che l'offerta presentata non è conforme agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale (art. 94, comma 2 e art. 30, comma 3), o ancora, in tema di offerte anormalmente basse (art. 97).

Se alla netta prevalenza dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del correlato principio della qualità si aggiunge l'incentivo alle autorità appaltanti a considerare l'intero ciclo di vita dei prodotti/servizi d'interesse e la possibilità di monetizzare le esternalità, è chiaro come molto forte sarà l'impatto sulle amministrazioni aggiudicatrici oltre che sulle imprese. L'individuazione dei criteri e dei sub-criteri di aggiudicazione nell'offerta economicamente più vantaggiosa e soprattutto l'attribuzione di punteggi, infatti, non solo attribuisce un'alea di rischio sugli amministratori pubblici ma soprattutto richiede competenze tecniche che spesso non sono presenti. Prova ne sono, tra l'altro, le stesse "Linee guida" dell'ANAC sopra citate che, al di là del fine dichiarato di facilitare le stazioni appaltanti, prevedono tutta una serie di modelli tecnico-matematici di notevole complessità applicativa ai fini del calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La novità, tuttavia, può rappresentare nel nostro ordinamento una spinta a favorire il graduale abbandono della valutazione

(18) Quando l'Amministrazione aggiudicatrice fa ricorso a tale criterio, deve evidenziare negli atti di gara il metodo valutativo che seguirà nel determinare il costo del ciclo di vita: nel caso dei costi ambientali esterni sono prefissati limiti e condizioni (come oggettività, verificabilità, ragionevolezza, proporzionalità, accessibilità); inoltre, deve essere fatto riferimento a metodi approvati ufficialmente dall'Unione e riportati nell'allegato XVIII del Codice.

(19) Corte di Giustizia 10 maggio 2012, in causa C-368/10, *Commissione/Paesi Bassi*. Su questi profili, si rinvia a M. Cla-

rich - G. Fidone, *La considerazione di variabili ambientali nella scelta del contraente (i cd. appalti verdi)*, in *Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive*, Roma, Camera dei deputati, 2013.

(20) Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia ambientale, sociale e del lavoro.

del mero prezzo, all'origine di non poche distorsioni negli appalti pubblici. Al tempo stesso, occorre comunque evitare di incorrere nel rischio opposto di una eccessiva discrezionalità amministrativa (21).

Requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione

Il nuovo Codice, all'art. 95, comma 6, lett. e), in conformità alla direttiva (art. 67, par. 2, lett. b), include tra i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche "l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto". Tale scelta è motivata dalla convinzione che la qualità del personale addetto possa incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta. Al fine di evitare abusi, è stabilita la *conditio sine qua non* dell'elemento ulteriore della "influenza significativa" della qualità del personale incaricato sul livello di esecuzione dell'appalto. In questo modo si previene il rischio di un eccessivo "soggettivismo" nella fase di aggiudicazione, imponendo il principio di proporzionalità rispetto all'oggetto dell'appalto e quindi garantendo l'oggettività della scelta e la parità di trattamento.

Nella disciplina precedente, la scelta dell'aggiudicatario si sviluppava in due fasi ben distinte: la fase della selezione dei partecipanti, nella quale l'amministrazione doveva valutare i requisiti di partecipazione e la fase di aggiudicazione nella quale l'offerta doveva essere valutata in base a criteri strettamente attinenti all'oggetto e che ne misuravano il valore; quindi, anche nell'ipotesi del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione doveva riguardare unicamente la qualità dell'offerta e non dell'offerente.

La novità è stata già in parte anticipata da una recente giurisprudenza, che da una iniziale posizione rigida (22) è approdata ad una più flessibile. Più precisamente, pur riconoscendo principio generale delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi

affendenti alla valutazione dell'offerta, tale orientamento evidenzia tuttavia come spesso sussista una commistione inestricabile tra il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo del competitore. Questa commistione, che rende in concreto non pertinente il generale divieto, viene in rilievo ogni qual volta la *lex specialis* valorizzi non già i requisiti soggettivi in sé intesi, bensì quei profili soggettivi incidenti in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata (23). Ancora più di recente si è sostenuta la legittimità della previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano "illuminare" la qualità dell'offerta (24), pienamente in linea, quindi, con il nuovo approccio delle direttive volto alla selezione dell'offerta anche in base alla qualità dell'offerente, ora recepito anche dal Codice.

Offerte anomale

L'art. 97 recepisce l'art. 69 della Dir. 2014/24/UE e attua la corrispondente parte della lett. ff) dell'art. 1, commi 1, della legge delega. La disposizione stabilisce, in linea con quanto previsto dalla normativa europea e dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia l'impossibilità di ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale. In particolare, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo dell'anomalia, la stazione appaltante procede al sorteggio in sede di gara dei metodi di determinazione dell'anomalia in base alle due ipotesi: prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa.

Tuttavia, in un eccesso di zelo e in contrasto con il dichiarato principio di semplificazione, il legislatore introduce ben cinque formule matematiche differenti, di difficile interpretazione ed applicazione, per l'individuazione delle offerte anomale nelle gare bandite con il criterio del solo prezzo (comma 2, lett. a, b, c, d, e). In questo caso, appare evidente la violazione del divieto di *goldplating*, avendo il

(21) Un approccio questo tipico del Regno Unito, dove dalla fine degli anni '90 per gli affidamenti degli enti locali è stato abolito il massimo ribasso mentre quelli infrastrutturali maggiori sono attribuiti con prevalenza (a volte quasi totalizzante) di punteggio agli aspetti qualitativi. Al proposito, il Considerando 90 specifica che "il criterio raccomandato del *price-quality ratio* dovrebbe sempre includere un elemento di prezzo o di costo", proprio per limitare all'ambito dell'eccezionalità una tendenza del Regno Unito agli affidamenti dei maggiori interventi con la formula del design & build - D&B, secondo la mo-

dalità dell'*early involvement contractor* - EIC -, che si sostanzia in una gara dove il prezzo indicato dall'Amministrazione nel bando è fisso e dove la competizione è sulle sole varianti qualitative: modalità che, peraltro, ormai pare avvalorata dal par. 2, comma 2 dell'art. 67 Dir. 24/2014/UE.

(22) Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2009, n. 2147.

(23) Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3208. Id., Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 266.

(24) Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191.

legislatore introdotto regole sovrabbondanti, complicate e non necessarie. Si tratta comunque di una norma la cui applicazione sarà in concreto limitata, malgrado l'enfasi che la caratterizza. Innanzitutto, la norma sembrerebbe efficace soltanto se viene prevista l'esclusione automatica delle offerte anomale (art. 97, comma 8, primo periodo) e se il numero delle offerte è almeno pari a 10 (stesso comma, terzo periodo). In assenza di previsione dell'esclusione automatica, l'individuazione delle offerte anomale con le formule del comma 2 non servirebbe: la presunta anomalia da verificare e giustificare sarà quella dell'offerta di maggior ribasso e poi a seguire in ordine di graduatoria. Si consideri inoltre che ai sensi del comma 6, secondo periodo, la stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa, condizione che potrebbe essere una adeguata alternativa alle formule del comma 2 (25). Sempre in relazione al perimetro di applicazione della norma, dal combinato disposto dell'art. 95, comma 4, che limita il criterio del solo prezzo ai lavori di importo pari o inferiore a euro 1.000.000 e ai servizi e forniture sotto soglia e dell'art. 36, comma 2, lett. b), che prevede la possibilità di limitare a 5 gli operatori da invitare negli appalti di lavori di importo inferiore a euro 150.000 e negli appalti di servizi e forniture di importo inferiore a euro 209.000, non sembrerebbero rientrare nell'applicazione della norma tutte queste fattispecie (26).

Resta invece analoga rispetto al vecchio codice (art. 87) la disciplina sostanziale dei criteri di verifica delle offerte anormalmente basse. Gli operatori

economici forniscono su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte, se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta. Si indicano, quindi, gli elementi cui le predette spiegazioni possono riferirsi, tra i quali figurano, come nella precedente disciplina, l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente. Innovativi rispetto alla legislazione previgente e conformi alla disciplina comunitaria sono invece i seguenti elementi che, una volta accertati, portano ad escludere l'offerta anormalmente bassa: mancato rispetto degli obblighi di cui all'art. 30, comma 3, in materia ambientale, sociale e del lavoro; mancato rispetto degli obblighi di cui all'art. 105 sulla disciplina del subappalto; oneri aziendali della sicurezza incongrui e costo del personale inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle; anomalia conseguente ad aiuto di Stato ottenuto dall'offerente (27). Da ultimo, in virtù del principio di collaborazione amministrativa, si prevede che la Cabina di regia di cui all'art. 212, su richiesta, metta a disposizione degli altri Stati membri, tutte le informazioni a disposizione, quali leggi, regolamenti, contratti collettivi applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti in relazione agli elementi di cui sopra.

Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio

di Tommaso Di Nitto

Gli oneri dichiarativi costituiscono un ostacolo alla partecipazione degli operatori economici ai procedimenti per l'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Il Codice dei contratti pubblici cerca di ridurre il peso di tali oneri e gli effetti derivanti dal loro erroneo adempimento, istituendo la Banca dati nazionale degli operatori economici, rivedendo l'istituto del soccorso istruttorio ed imponendo l'uso del documento di gara unico europeo. La prospettiva ancora lontana

(25) Paradossalmente il comma 2, qualora fosse sorteggiato il metodo di cui alla lettera c) o il metodo di cui alla lettera e), potrebbe risultare "utile" solo per certificare che in una data gara non si verifica alcuna anomalia.

(26) Ma anche i lavori di importo fino a 1.000.000 non avranno grande rilievo; potendo limitare gli inviti a 10 operatori, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c), basterà che un invitato non presenti offerta e l'esclusione automatica non sarà applicabile.

(27) In particolare, il comma 7 dell'art. 97 stabilisce che, lo Stato può escludere tale offerta unicamente per questo motivo soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto in questione era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'art. 107 TFUE. In tali circostanze, quando la stazione appaltante esclude un'offerta, provvede a informarne la Commissione europea.

sembra essere quella di eliminare l'obbligo per gli operatori economici di autodichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione, consentendo alle stazioni appaltanti di escluderli dalle gare solo in presenza di carenze sostanziali delle offerte presentate.

Gli oneri dichiarativi: un ostacolo alla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni

Come si legge nel considerando n. 84 della Dir. 24/2014, "molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione". E ciò in quanto, come è evidente, tali oneri restringono la dimensione del mercato delle concessioni e degli appalti pubblici, incidendo negativamente sulla tutela della concorrenza e sulla lotta alla corruzione, impedendo alle stazioni appaltanti di concentrare l'attenzione sulla qualità delle offerte presentate, ampliando gli spazi di contenzioso.

Per questa ragione, le tre Dir. CE 23, 24 e 25 del 2014 (1) hanno posto tra gli obiettivi primari della nuova regolamentazione delle concessioni e degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture sia la riduzione degli oneri dichiarativi, sia l'implementazione della capacità delle stazioni appaltanti di aggiudicare le gare sulla base di informazioni recenti acquisite mediante l'utilizzo di banche dati elettroniche.

L'obiettivo è stato fatto proprio anche dalla L. 28 gennaio 2016, n. 11. Nel delegare il Governo ad attuare le nuove direttive sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e a riordinare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, la legge ha infatti fornito al legislatore delegato tre principi direttivi volti alla riduzione degli oneri dichiarativi e degli effetti derivanti dal loro erroneo adempimento.

Il primo è diretto a confermare la vigenza del percorso istruttorio (2). Il secondo è diretto invece a

semplificare le procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti del possesso da parte degli operatori economici dei requisiti generali di qualificazione, mediante l'utilizzo di un'unica banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la revisione e semplificazione dell'attuale sistema AVCpass (3). Il terzo è diretto a prevedere, infine, l'utilizzo di un unico documento - il documento di gara unico europeo (DGUE) - per autocertificare il possesso dei requisiti richiesti per partecipare alle gare (4).

Il Codice dei contratti pubblici (5) ha a sua volta recepito tali principi in una serie di norme contenute nella Parte II, Titolo III, Capo III, Sezione II. Queste norme saranno di seguito esaminate secondo l'ordine in cui si rinvencono nel D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Con un'avvertenza preliminare: e, cioè, che esse sono tutte direttamente applicabili all'aggiudicazione degli appalti riguardanti i settori ordinari e speciali, ma non anche all'aggiudicazione delle concessioni. Le norme che si esamineranno, infatti, non sono espressamente richiamate nell'art. 164, comma 2 del Codice (6), con la conseguenza che la loro applicazione alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione può essere sostenuta soltanto in via interpretativa.

La Banca dati nazionale degli operatori economici

La semplificazione della verifica del possesso da parte degli operatori economici dei requisiti necessari per la partecipazione alle procedure disciplinate dal Codice dei contratti riparte dall'utilizzo di una banca dati. Ossia la Banca dati nazionale degli operatori economici prevista dall'art. 81, che, una volta operativa, costituirà l'unico strumento per acquisire la documentazione comprovante il pos-

(1) Per un commento alle tre direttive v. C. Contessa - D. Crocco, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015. Sulla Dir. 2014/24, cfr., in particolare, L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, reperibile sul sito www.irpa.eu.

(2) Cfr. art. 1, comma 1, lett. z), L. n. 11/2016.

(3) Cfr. art. 1, comma 1, lett. z), L. n. 11/2016.

(4) Cfr. art. 1, comma 1, lett. aa), L. n. 11/2016.

(5) Si utilizza la denominazione che, secondo quanto si legge nel parere 1° aprile 2016, n. 855, fornito dal Consiglio di Stato sulla bozza del decreto legislativo predisposto dal Governo, meglio si "addice all'ambizioso progetto sotteso al codice".

(6) Ossia della norma che regola l'oggetto e l'ambito di applicazione delle norme specificamente dettate per le concessioni.

nesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario (7).

Si tratta, in ossequio allo specifico principio contenuto nell'art. 1, comma 1, lettera z) della legge delega, del *refitting* della Banca dati nazionale dei contratti istituita presso l'ANAC dall'art. 6 bis del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (8).

L'art. 81 del Codice ribadisce, infatti, il principio per il quale la documentazione comprovante tutti i requisiti dichiarati in sede di gara dagli operatori economici è acquisita dalle stazioni appaltanti, almeno per quanto riguarda l'aggiudicazione degli appalti d'importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria (9), esclusivamente mediante la "nuova" Banca dati gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che sarà in funzione dopo l'adozione di un apposito decreto del Ministro (10). Al decreto è in particolare assegnato il compito di indicare i dati che dovranno essere obbligatoriamente inseriti nella Banca dati, quelli che invece continueranno ad essere acquisiti nelle forme tradizionali, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati (11).

Al futuro decreto è inoltre assegnato il compito di definire le modalità per la progressiva informatizzazione dei documenti necessari a comprovare i requisiti di partecipazione e l'assenza di cause di esclusione, nonché per l'interoperabilità della banca dati centralizzata con le "diverse banche dati coinvolte nel procedimento" (12) e detentrici delle informazioni rilevanti per attestare che i partecipanti alle procedure di gara soddisfano i criteri di selezione di cui all'art. 83 e non si trovano in una delle situazioni di esclusione previste dall'art. 80.

L'interoperabilità tra le banche dati, che è peraltro assistita dalla previsione per la quale il rifiuto ovvero l'omessa effettuazione di quanto necessario a garantirla rappresentano elementi in grado di incidere sulla valutazione della *performance* (13), sembra essere il fine principale che il Codice vuole raggiungere con l'istituzione della Banca dati nazionale degli operatori economici.

L'interconnessione dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni, già in parte realizzata con il sistema AVCPASS gestito dall'ANAC (14), per un verso, costituisce, infatti, uno strumento collaterale alla digitalizzazione delle procedure che l'art. 44 del Codice vuole realizzare entro un anno dalla sua entrata in vigore.

Per altro verso, permette alle stazioni appaltanti l'acquisizione d'ufficio di tutte le informazioni già in possesso di una pubblica amministrazione o di un ente comunque coinvolto nel procedimento di aggiudicazione, consentendo in prospettiva, se non il definitivo superamento, quantomeno un forte affievolimento dell'obbligo per gli operatori economici concorrenti di autodichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione. Tanto più che il Codice autorizza le stazioni appaltanti a riutilizzare l'esito degli accertamenti dei requisiti generali di qualificazione anche per gare diverse rispetto a quella cui l'esito si riferisce (15).

Il soccorso istruttorio

Disattendendo una precisa e condivisibile indicazione contenuta nel parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema del decreto legislativo, il Codice dei contratti, invece di "*dedicare all'istituto un apposito articolo*", ha confinato la disciplina del soc-

(7) Cfr. art. 81, comma 1. Sui requisiti che gli operatori economici devono possedere per partecipare alle procedure ad evidenza pubblica si rinvia al commento di C. Guccione, *I requisiti degli operatori economici, infra*, in questo numero della Rivista.

(8) Sull'attuazione della norma cfr. la deliberazione dell'ANAC 20 dicembre 2012, n. 111, aggiornata dalla deliberazione 17 febbraio 2016, n. 157, con cui l'Autorità ha istituito un sistema per la verifica online dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento, denominato Authority Virtual Company Passport ("AVCPass"). Sul regime transitorio dell'utilizzo del sistema AVCPass, cfr. il Comunicato del Presidente dell'ANAC del 4 maggio 2016.

(9) Per l'aggiudicazione degli appalti di lavori d'importo non superiore a euro 150.000 e per gli appalti di servizi e forniture d'importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria l'art. 36, comma 5 del Codice prevede, infatti, che Banca dati nazionale degli operatori economici sia utilizzata solo per la verifica dei "requisiti di carattere generale". Per quanto riguarda, invece, l'affidamento dei contratti di concessione l'art. 172, comma 1 del Codice stabilisce, invece, che "le stazioni appaltanti verifica-

no le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di certificazioni, autocertificazioni o attestati che devono essere presentati come prova".

(10) Non è peraltro chiaro il termine entro il quale il decreto dovrà essere emanato, visto che il comma 2 dell'art. 81 si limita ad individuare il 31 dicembre 2016 quale data entro cui il "Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in accordo con ANAC, definisce le modalità di subentro nelle convenzioni stipulate dall'ANAC, tali da non rendere pregiudizio all'attività di gestione dati attribuite all'ANAC dal presente codice".

(11) Cfr. art. 81, comma 2.

(12) Cfr. art. 81, comma 2.

(13) Cfr. art. 81, comma 3.

(14) Da quanto risulta dalla relazione di accompagnamento alla Deliberazione n. 157 del 17 febbraio 2016, il sistema AVCPASS è infatti alimentato da informazioni attualmente fornite da una serie di enti convenzionati con l'ANAC, quali il Ministero dell'interno, il Ministero della giustizia, Infocamere, INARCASSA, INPS, Agenzia dell'entrate, Accredia.

(15) Cfr. art. 81, comma 4.

corso istruttorio nel comma 9 dell'art. 83, introducendo una disposizione che non dissipa i dubbi posti dall'art. 38, comma 2 *bis*, D.Lgs. n. 163/2006 (16).

Cercando di trovare una sintesi della nuova disciplina, sembra anzitutto che il soccorso istruttorio non possa trovare applicazione nei casi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale afferenti all'offerta tecnica ed economica (17), nonché nel caso di irregolarità essenziali non sanabili della documentazione presentata, quali sono le carenze che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (18).

Sembra, poi, che le stazioni appaltanti possano soccorrere gli operatori economici in quattro casi.

Il primo riguarda le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda (19).

Il secondo concerne qualsiasi mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo (20).

Il terzo è relativo ai casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali (21).

Il quarto - che si ricava *a contrario* dalla dichiarata impossibilità di applicare il soccorso istruttorio alle ipotesi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale afferenti all'offerta tecnica ed economica - è inerente, infine, alla mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità non essenziale dell'offerta tecnica ed economica.

Al di là del disordine e delle imprecisioni terminologiche che caratterizzano la norma (22), sembra trovare conferma, pertanto, "la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esauritive acquisizioni istruttorie" (23), potendosi determinare l'esclusione degli operatori economici concorrenti soltanto nel caso di carenze sostanziali della documentazione o dell'offerta presentate, quali,

ad esempio, la produzione di una dichiarazione non veritiera (24) o di un'offerta economica formulata in modo da non consentire l'individuazione, in modo univoco, del prezzo effettivamente offerto (25).

Che questa sia la volontà del legislatore, è confermato anche dalle disposizioni che, pur non facendo esplicito riferimento all'istituto, impediscono alle stazioni appaltanti l'esclusione automatica - ossia senza contraddittorio - degli operatori economici che si trovano in una delle situazioni escludenti previste dall'art. 80, commi 1, 4 e 5, ovvero che presentano una documentazione inidonea a comprovare il soddisfacimento dei criteri di selezione previsti dall'art. 83.

In questi casi, infatti, è sempre data la possibilità agli operatori economici di provare di aver risarcito o di essersi impegnati a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti (26). Ovvero di provare di aver pagato o di essersi impegnati in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, (27) prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione. Ovvero ancora di integrare i mezzi di prova inizialmente forniti al fine di dimostrare il soddisfacimento dei criteri di selezione previsti dall'art. 83 (28).

Come per il passato, il soccorso istruttorio non è sempre gratuito. Con una disposizione contraria alle previsioni delle direttive (29) e, in ogni caso, palesemente viziata per eccesso di delega (30), l'art. 83, comma 9 del Codice prevede, infatti, che nel caso di mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, il concorrente, ove decida di usufruire del soccorso, è obbligato al pagamento di una sanzione pecuniaria. L'importo di tale sanzione

(16) In questo stesso senso v. R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 6, 526, secondo cui la disciplina del soccorso istruttorio "appare ancora piuttosto contorta e fonte di dubbi esegetici".

(17) Cfr. art. 83, comma 9, secondo periodo.

(18) Cfr. art. 83, comma 9, ultimo periodo.

(19) Cfr. art. 83, comma 9, primo periodo.

(20) Cfr. art. 83, comma 9, secondo periodo.

(21) Cfr. art. 83, comma 9, quinto periodo.

(22) Basti dire che il Codice fa riferimento in modo del tutto indistinto alla possibilità di applicare il soccorso istruttorio alla domanda, alla documentazione, alle dichiarazioni, agli elementi.

(23) Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16.

(24) In questo senso si è più volte espressa la giurisprudenza. Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2016, n. 2106. Cfr. anche l'allegato 1 al Reg. 2016/7.

(25) In questo senso, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2016, n. 627.

(26) Art. 80, comma 7.

(27) Art. 80, comma 4.

(28) Art. 85, comma 5, ultimo periodo.

(29) Cfr., ad esempio, l'art. 56, par. 3 e l'art. 59, par. 4 della Dir. 2014/24.

(30) Cfr. l'art. 1, comma 1, lett. z), L. n. 11/2016, che prevede forme di "integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda".

è proporzionato al valore della gara (31), ma, diversamente da quanto era previsto dall'art. 38, comma 2 bis, D.Lgs. n. 163, non può essere comunque superiore a euro 5.000 e il suo versamento non è più assistito dalla garanzia provvisoria di cui all'art. 93 del Codice (32).

Come per il passato, inoltre, il soccorso istruttorio è procedimentalizzato. Il Codice conferma, infatti, l'esistenza di un termine non superiore a dieci giorni per regolarizzare la situazione verificatasi, il cui inutile decorso determina l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara.

Il documento di gara unico europeo (DGUE)

Il Codice dei contratti recepisce pienamente le norme delle direttive sul documento di gara unico europeo, avvalendosi della tecnica del *copy out*.

L'art. 85 riprende integralmente, infatti, l'art. 59 della Dir. n. 24, obbligando le stazioni appaltanti ad accettare che gli operatori economici concorrenti, al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, attestino di non trovarsi nelle situazioni di cui all'art. 80, di soddisfare i criteri di selezione di cui all'art. 83 o gli eventuali criteri oggettivi di cui all'art. 91 mediante la presentazione del documento di gara unico europeo (DGUE), redatto conformemente al modello approvato dal regolamento della Commissione Europea 2016/7 del 5 gennaio 2016. Modello che è obbligatorio e direttamente applicabile in ciascuno degli stati membri dell'Unione, essendo stato adottato, tra l'altro, con un regolamento approvato secondo la procedura prevista dal regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 182/2011 del 16 febbraio 2011.

Il DGUE è definito dal Codice "un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi" (33).

Esso è quindi un'autocertificazione del tutto simile a quelle conosciute nel nostro ordinamento fin dall'entrata in vigore della L. 4 gennaio 1968, n. 15 e a quelle finora utilizzate dagli operatori economici

per dichiarare il possesso dei requisiti richiesti dagli atti di gara.

Rispetto al passato, il documento di gara unico europeo è però uno strumento più semplice, in quanto non sembra essere soggetto alla formalità prevista dall'art. 38 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 per le ordinarie dichiarazioni sostitutive di un atto di notorietà. Né il Codice né tantomeno il Reg. 2016/7 prevedono, infatti, che il DGUE debba essere corredato dalla fotocopia del documento d'identità del suo sottoscrittore che, dunque, non dovrebbe costituire più un elemento essenziale per la validità delle dichiarazioni ivi contenute. Ferme restando, tuttavia, le conseguenze che la falsità delle dichiarazioni rese comporta sia rispetto alla procedura di gara sia sul piano penale (34).

Il DGUE ha, inoltre, il vantaggio di uniformare e rendere più certo il contenuto delle dichiarazioni che gli operatori devono rendere e, quindi, di evitare che gli operatori stessi possano omettere una delle informazioni richieste dalla stazione appaltante.

Secondo quanto prevede il Reg. 2016/7, il documento di gara unico europeo consiste, infatti, in un formulario - che a decorrere dal 18 aprile 2018 sarà esclusivamente in formato elettronico (35) - composto di sei parti (36).

La prima, che deve essere compilata dalla stazione appaltante, contiene le informazioni sulla procedura di appalto e sull'amministrazione aggiudicatrice o sull'ente aggiudicatore. La seconda contiene, invece, i dati dell'operatore economico. La terza e la quarta sono dedicate alle informazioni sui criteri di esclusione e su quelli di selezione. La quinta, eventuale, riguarda le informazioni da fornire ove le stazioni appaltanti abbiano esercitato la facoltà di ridurre il numero dei candidati invitati a presentare offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo. La sesta concerne, infine, le dichiarazioni finali con le quali l'operatore economico attesta la veridicità delle informazioni rese e si rende disponibile a comprovarle, ove necessario.

Ogni operatore economico partecipante ad una procedura di gara è obbligato a compilare il

(31) Dev'essere, in particolare, non inferiore all'1% e non superiore all'1% del valore della gara.

(32) Con la conseguenza che l'omesso versamento della sanzione, che peraltro non determina l'esclusione dell'operatore dalla gara, imporrà alle stazioni appaltanti di rivolgersi necessariamente al giudice ordinario per il recupero delle somme dovute, con evidente aggravio di costi.

(33) Cfr. art. 85, comma 1.

(34) Cfr. l'allegato 1 al Reg. 2016/7, recante le istruzioni alla compilazione del DGUE, secondo cui "l'operatore economico

può essere escluso dalla procedura di appalto o essere perseguito a norma del diritto nazionale se si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel compilare il DGUE o, in generale, nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, ovvero se non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari".

(35) Cfr. art. 85, comma 1.

(36) Per i dati e informazioni da rendere in ciascuna parte si rinvia alla lettura dell'allegato 2 al Reg. 2016/7.

DGUE, che deve sempre essere presentato alla stazione appaltante. Anche se esso non ha una validità temporalmente predeterminata e può essere quindi riutilizzato, purché gli operatori economici confermino la validità delle informazioni ivi contenute (37).

Ove poi l'operatore economico partecipi alla procedura di selezione sotto forma di raggruppamento oppure avvalendosi della capacità di altri soggetti oppure ancora dichiararsi di voler subappaltare, anche gli altri operatori economici partecipanti o comunque interessati all'aggiudicazione sono obbligati a sottoscrivere un DGUE.

È peraltro curioso che, secondo quanto prevede il Reg. 2016/7, se gli appalti sono suddivisi in lotti il DGUE deve essere presentato per ogni lotto laddove i criteri di selezione siano diversi tra i vari lotti. Si tratta, infatti, di un onere che, anche in considerazione della preferenza per la suddivisione in lotti delle gare espressa sia dalle direttive sia dal Codice, appare sovrabbondante e superfluo, quantomeno nei casi in cui le stazioni appaltanti esercitino la facoltà espressamente prevista dal Reg. 2016/7 di chiedere agli operatori economici di rispondere "sì" o "no" in ordine al soddisfacimento di tutti i criteri di selezione richiesti. Facoltà questa che, una volta entrata a regime la Banca dati nazionale degli operatori economici, dovrebbe - almeno così si spera - divenire una regola.

La presentazione del DGUE, in ogni caso, non consente ai partecipanti o agli offerenti di sfuggire all'onere di presentare i documenti a comprova delle informazioni in esso contenute e, in particolare dell'inesistenza dei motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del Codice e del soddisfacimento dei criteri di selezione definiti a norma del successivo art. 83.

La stazione appaltante ha infatti la facoltà di chiedere tali documenti nel corso della procedura, ma solo ove la richiesta sia necessaria per assicurare il corretto svolgimento della procedura (38), ed ha comunque l'obbligo di chiederli all'aggiudicatario e all'impresa che segue in graduatoria. Gli operatori economici sono naturalmente obbligati a soddisfare la richiesta (senza peraltro dover rispettare un ter-

mine imposto dalla legge, visto che il Codice non lo prevede esplicitamente). A meno che la documentazione a comprova di quanto dichiarato non sia presente nella Banca dati nazionale degli operatori economici o qualora la stazione appaltante possieda già tali documenti (39).

La stazione appaltante è tuttavia vincolata ad accettare esclusivamente i mezzi di prova previsti dall'art. 86, dall'allegato XVII al Codice "e, se del caso, all'articolo 87" (40). Ferma restando, peraltro, la possibilità per gli operatori economici di "avvalersi di qualsiasi mezzo idoneo documentale per provare che essi disporranno delle risorse necessarie" (41) e che "soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste" (42).

Per quanto riguarda l'inesistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, commi 1, 2, 3 e 4, la stazione appaltante - almeno di norma - è pertanto obbligata ad accettare il certificato del casellario giudiziario atto a dimostrare l'assenza (o la presenza) delle situazioni ivi previste, nonché la certificazione rilasciata dall'amministrazione fiscale e il DURC atti a dimostrare la regolarità del pagamento delle imposte e tasse e quella contributiva.

Con riferimento al soddisfacimento dei criteri di selezione previsti dall'art. 83 e delle norme di garanzia delle qualità richieste, la stazione appaltante - sempre di norma - è invece obbligata ad accettare una o più delle referenze o delle dichiarazioni contenute nell'allegato XVII del Codice (43), nonché i certificati rilasciati da organismi indipendenti idonei ad attestare il rispetto nelle norme europee in materia di qualità.

Mentre è certo che l'onere di produrre i mezzi di prova relativi al soddisfacimento dei criteri di selezione previsti dall'art. 83 e delle norme di garanzia delle qualità richieste grava sugli operatori economici, non è affatto chiaro su chi grava l'onere di produrre i mezzi di prova che riguardano la non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, commi 1, 2, 3 e 4 del Codice.

A differenza di quanto stabiliva l'art. 38, comma 3, D.Lgs. n. 163, l'art. 86 non specifica, infatti, che il certificato del casellario giudiziario, la certificazio-

(37) Cfr. art. 85, comma 4.

(38) Cfr. art. 85, comma 5.

(39) Cfr. art. 85, comma 6.

(40) Cfr. art. 85, comma 5.

(41) Cfr. art. 86, comma 1.

(42) Cfr. art. 87, comma 1.

(43) Rinviando alla lettura dell'allegato XVII, basti qui rileva-

re che si tratta, ad esempio, delle idonee dichiarazioni bancarie oppure di copia dei bilanci o di estratti di bilancio atti a provare il possesso della capacità economica e finanziaria; ovvero dell'elenco dei lavori, dei servizi e delle forniture eseguiti negli ultimi cinque o tre anni, dell'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici che facciano parte integrante dell'operatore economico idonei a dimostrare il possesso delle capacità tecniche.

ne rilasciata dall'amministrazione fiscale e il DURC debbano essere acquisiti d'ufficio dalle stazioni appaltanti. La norma potrebbe essere quindi interpretata nel senso di ritenere che tali mezzi di prova debbano essere prodotti dagli operatori economici. Anche se è ragionevole ritenere, alla luce

dei principi di delega contenuti nella L. n. 11/2016 e della "esistenza di un generale principio di contrarietà all'introduzione di nuovi oneri a carico dei privati" (44), che la presentazione dei predetti mezzi di prova non possa essere configurato come un onere degli operatori economici.

I settori speciali

di Domenico Galli

In tema di settori speciali, il nuovo Codice, attribuisce agli enti aggiudicatori, nella sostanza, gli stessi margini di flessibilità riconosciuti dalla direttiva, pur con l'introduzione, tanto per i settori ordinari che per quelli speciali, di alcuni vincoli non previsti dalla disciplina dell'UE: è il caso, ad esempio, delle disposizioni in tema di trasparenza e pubblicità (artt. 29 e 79), delle norme sul dibattito pubblico (art. 22), ed infine delle norme, applicabili alle sole amministrazioni aggiudicatrici (e non anche ad imprese pubbliche e soggetti privati), operanti nell'ambito dei settori speciali, sulle modalità di nomina della commissione giudicatrice (art. 77), giustificate con l'esigenza di garantire trasparenza e piena contendibilità dei mercati.

Allo scopo di definire la disciplina applicabile ai settori speciali, è stata adottata, con alcuni limitati elementi di differenziazione, l'impostazione del D.Lgs. n. 163/2006. Essa è, essenzialmente, composta da un blocco di norme comuni riferibile alla totalità degli affidamenti e nelle quali sono già incluse disposizioni specifiche per i settori speciali (v., ad esempio, artt. 6 e 7); da un blocco di norme previste per i settori ordinari ma applicabili, in virtù di appositi rinvii, anche ai settori speciali; un blocco di norme ad oggetto esclusivo in quanto previste specificamente per gli affidamenti nell'ambito dei settori speciali (artt. da 114 a 141).

I caratteri generali della disciplina

La disciplina in tema di settori speciali (acqua, trasporti, energia e servizi postali) costituisce il secondo fondamentale tassello su cui, a partire dagli anni '90, si basa la disciplina europea in tema di contratti pubblici. Come ampiamente noto, nella prima fase dell'intervento regolatorio (1971), determinati settori di attività (1) furono sottratti dall'ambito di applicazione della disciplina generale in tema di appalti. Nelle more dell'introduzione di una regolamentazione *ad hoc* (poi adottata nel 1990), questa scelta si rese necessaria per evitare, all'interno degli stati membri, asimmetrie e sperequazioni, riconducibili essenzialmente ad un duplice ordine di circostanze: da un lato, alla portata sul piano soggettivo della disciplina in tema di appalti, alla cui applicazione erano tenute solo le pubbliche

amministrazioni (2); dall'altro, alla diversità dei modelli organizzativi adottati dai diversi stati membri per assicurare l'erogazione dei servizi in determinati settori di attività e che, in taluni paesi, erano affidati a pubbliche amministrazioni, in altri a soggetti organizzati secondo moduli privatistici. In questo contesto, la disciplina generale, pertanto, avrebbe potuto trovare applicazione soltanto nei primi e non nei secondi; di qui la scelta di escludere determinati settori di attività nella sfera di operatività della direttiva generale (con riserva di prevedere in un momento successivo una disciplina specifica).

Caratteristica comune a questi settori è il loro carattere chiuso. Non sono esposti, cioè, ad un regime di concorrenza e l'accesso ad essi presuppone la titolarità di diritti speciali o di esclusiva (3). E se è

(44) Così il parere del Cons. Stato n. 855/2016 cit.

(1) Acqua, trasporti ed energia, cui venne aggiunto molti anni dopo, con la Dir. n. 89/440 anche quello delle telecomunicazioni.

(2) Nella Dir. n. 71/305 in tema di lavori così come nella Dir. n. 77/62 in tema di forniture erano prese in considerazione solo le amministrazioni pubbliche (Stato ed enti territoriali), men-

tre soltanto in un momento successivo (Dir. 89/440) fu presa in considerazione la figura dell'organismo di diritto pubblico.

(3) È esclusivo il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa compatibile con i Trattati, avente l'effetto di riservare ad un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di

proprio tale carattere ad imporre ai soggetti che vi operano l'applicazione di regole pubblicistiche dirette a garantire corrette dinamiche concorrenziali, ai fini della scelta dei propri contraenti (4); è altrettanto vero che una volta intervenuta l'apertura alla concorrenza, viene meno la ragione per l'applicabilità di tale disciplina (5): di qui, la mutevolezza, nel corso degli anni, dei confini della regolamentazione sui settori speciali (6).

Questa presenta elementi di differenziazione da quella sui settori ordinari. In primo luogo, ha un ambito di applicazione maggiormente ampio dal punto di vista soggettivo: essa si applica, infatti, agli enti aggiudicatori, nozione nella quale sono ricompresi, oltre alle amministrazioni aggiudicatrici, anche imprese pubbliche e soggetti privati che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi (v. art. 3, comma 1, lett. e, del nuovo Codice) (7); più ridotto, invece, dal punto di vista oggettivo in quanto presuppone che l'ente operi in uno specifico settore di attività e che l'appalto sia funzionale al perseguimento di attività nello stesso (8). Le medesime considerazioni debbono valere anche con riferimento alla disciplina in tema di concessioni

che, per la prima volta, ha trovato compiuta regolamentazione a livello europeo (9).

In secondo luogo, gli enti che operano nei settori speciali beneficiano tradizionalmente di ambiti di flessibilità più ampi rispetto ai settori tradizionali: tra gli istituti indice di tale flessibilità, vi era la possibilità di ricorrere agli accordi quadro ed ai sistemi di qualificazione, di indire una gara sulla base di un avviso periodico indicativo e di indire la procedura negoziata preceduta da forme di pubblicità quale opzione ordinaria, del tutto alternativa alle procedure aperte e ristrette (10).

Nel corso degli anni, a dire il vero, questo carattere di specialità si era andato, in parte, attenuando. A livello europeo, l'obiettivo di semplificazione e snellimento delle procedure ha fatto sì che istituti inizialmente previsti per i settori speciali fossero poi riproposti anche nella disciplina generale (è il caso, ad esempio, dell'accordo quadro e della possibilità di indizione di una gara anche mediante la pubblicazione di un avviso di preinformazione).

In sede nazionale, il percorso di tendenziale elisione degli elementi di differenziazione ha subito un percorso inverso, essendo prevalsa in taluni casi la tentazione di estendere anche ai settori speciali di-

altri operatori economici di esercitare tale attività (art. 3, comma 1, lett. III, del nuovo Codice); il diritto speciale si differenzia dal diritto esclusivo, in quanto ha l'effetto di riservare l'esercizio di un'attività non ad uno, ma a più operatori economici (art. 3, comma 1, lett. mmm).

(4) In altri termini, gli operatori svolgono la propria attività in regime di esclusiva senza essere stati sottoposti ad alcun confronto concorrenziale. E il difetto di ogni forma di concorrenza a monte (per la scelta del gestore) rende necessario che la stessa venga recuperata a valle, con l'obbligo per questi operatori di scegliere i propri contraenti mediante procedure di gara.

(5) Esemplicativo è il caso del trasporto aereo e di quello marittimo che essendo, da tempo, liberalizzati non sono stati mai sottoposti alla disciplina in tema di settori speciali (v. T.A.R. Lazio 13 luglio 2010, n. 3155, ord.; sulla stessa questione v. anche AVCP, par. AG 36/2010 del 27 gennaio 2011). Così come esemplificativo è anche il caso delle telecomunicazioni, a partire dal 1990, ricompreso nella disciplina sui settori speciali e successivamente escluso una volta che il settore è stato aperto alla concorrenza.

(6) v. M. Protto, *Settori speciali a geometria variabile*, in R. de Nicolis *I contratti pubblici di lavori, forniture e servizi*, 2007, 548, che parla dei settori speciali come settori a "geometria variabile".

(7) In sostanza, al fine di superare il rischio di un'applicazione non omogenea del diritto europeo all'interno dei diversi stati membri in ragione della diversa natura giuridica dei soggetti gestori, la disciplina sui settori speciali non poteva che prendere trasversalmente in considerazione soggetti pubblici e privati. Da rilevare come, per espressa indicazione normativa (art. 3, comma 1, lett. e, punto 2.3, del nuovo Codice), non può essere considerato come operante in virtù di diritti speciali od esclusivi il soggetto privato cui detti diritti siano stati conferiti mediante procedura di gara preceduta da idonee forme di pubblicità e gestita sulla base di criteri obiettivi. Il che esclude,

in sostanza, che un privato che, ad esempio, abbia ottenuto l'aggiudicazione di un dato servizio in una data area geografica, superando la concorrenza di altri operatori, possa rientrare nel novero dei cc.dd. enti aggiudicatori e pertanto essere tenuto all'applicazione della disciplina pubblicistica per la scelta dei propri contraenti.

(8) In sostanza, perché possa trovare applicazione la disciplina sui settori speciali, il contratto deve essere funzionale allo svolgimento di attività nel settore nel quale opera il soggetto gestore. Per quelli non funzionali, invece, la disciplina, in concreto applicabile è legata alla natura giuridica dell'ente aggiudicatore: qualora, questo, per le sue caratteristiche soggettive, non possa essere ricondotto nell'ambito di applicazione della disciplina generale sui settori tradizionali (vale a dire non sia riconducibile nella nozione di amministrazione aggiudicatrice), il contratto deve intendersi sottratto *tout court* all'applicazione della disciplina pubblicistica in materia (difetterebbero, infatti, sia l'elemento della strumentalità o funzionalità rispetto allo scopo istituzionale dell'ente aggiudicatore, il che esclude l'applicazione della disciplina in tema di settore speciale; sia quello soggettivo, necessario perché il soggetto possa essere ricondotto nell'ambito delle cd. amministrazioni aggiudicatrici e quindi assoggettato alla disciplina generale); qualora, invece, l'ente aggiudicatore sia un'amministrazione aggiudicatrice, dovrà trovare applicazione la disciplina generale (v. Ad. Plen. 1° agosto 2011, n. 16).

(9) La Dir. n. 23, infatti, ha dettato una disciplina per le concessioni di lavori e di servizi sia nei settori ordinari che speciali, trasfusa negli artt. 164 e ss. del nuovo codice.

(10) Il che si giustificava con la consapevolezza della difficile praticabilità di soluzioni tese ad imporre, anche a soggetti operanti nelle forme del diritto privato ed esercenti la propria attività secondo canoni imprenditoriali, norme e vincoli concepiti essenzialmente per disciplinare l'attività di pubbliche amministrazioni in senso stretto.

sposizioni e vincoli concepiti essenzialmente per i settori ordinari (è il caso ad esempio, della scelta operata nel D.Lgs. n. 163/2006, di imporre nei settori speciali una regolamentazione in tema di requisiti degli operatori sostanzialmente analoga a quella generale).

Sotto questo profilo, la disciplina adottata con il nuovo Codice sembrerebbe maggiormente equilibrata, attribuendo, in linea di massima, gli stessi margini di flessibilità riconosciuti dalla direttiva, pur con l'introduzione, tanto per i settori ordinari che per quelli speciali, di alcuni vincoli non previsti dalla disciplina dell'UE: è il caso, ad esempio, delle disposizioni in tema di trasparenza e pubblicità (artt. 29 e 79), delle norme sul dibattito pubblico (art. 22), ed infine delle norme, applicabili alle sole amministrazioni aggiudicatrici (e non anche ad imprese pubbliche e soggetti privati), operanti nell'ambito dei settori speciali, sulle modalità di nomina della commissione giudicatrice (art. 77). Nel parere reso sullo schema di codice, il Consiglio di Stato aveva ritenuto che la scelta di introdurre vincoli non presenti nella disciplina europea dovesse trovare giustificazione nei principi della legge delega che, con specifico ai settori speciali, poneva l'obiettivo della trasparenza e della piena apertura e contendibilità dei mercati. In ragione di ciò, si sarebbe giustificata l'estensione delle disposizioni suindicate che si configurano non come oneri amministrativi superflui ma come regole proconcorrenziali ovvero come "strumenti di partecipazione democratica delle collettività locali alle scelte di localizzazione delle opere pubbliche ivi comprese quelle dei settori speciali quali rete ferroviarie, porti e aeroporti".

Non risponde, poi, ad indicazioni della disciplina sovranazionale, neanche la scelta di estendere anche ai settori speciali l'applicazione di modalità predefinite per l'individuazione della soglia al raggiungimento della quale un'offerta deve essere considerata anomala (art. 97), sulla cui opportunità, tuttavia, il Consiglio di Stato aveva sollecitato un supplemento di riflessione.

Per il resto, la flessibilità all'attività negoziale dei soggetti operanti nei settori speciali è assicurata dalla esclusione della portata vincolante per imprese pubbliche e soggetti privati delle norme in tema di requisiti di ordine generale, contenute nell'art.

80 del Codice (in linea con quanto previsto dalla Dir. n. 25/14); dal carattere non cogente delle norme in tema di requisiti di natura economico-finanziaria e tecnico-professionale previste per i settori ordinari; dalla regolazione della fase di esecuzione dei contratti con limitato riguardo alle norme (subappalto, risoluzioni e varianti) che costituiscono recepimento delle pertinenti disposizioni contenute nella Dir. n. 25; dalla disciplina prevista per gli affidamenti sottosoglia.

L'individuazione della norme applicabili ai settori speciali

Allo scopo di definire la disciplina applicabile ai settori speciali, il nuovo Codice ha adottato, con alcuni limitati elementi di differenziazione, l'impostazione del D.Lgs. n. 163/2006. Nell'ambito della scelta di un recepimento unitario delle direttive, ha evitato di introdurre un corpo autonomo di disposizioni che regolamentassero compiutamente l'attività degli enti operanti nell'ambito dei settori speciali che dessero, in tal modo, vita ad un sistema concluso (11). Al contrario, la disciplina sui settori speciali è composta da un blocco di norme comuni riferibile alla totalità degli affidamenti e nelle quali sono già incluse disposizioni specifiche per i settori speciali (v., ad esempio, artt. 6 e 7); da un blocco di norme previste per i settori ordinari ma applicabili, in virtù di appositi rinvii, anche ai settori speciali; un blocco di norme ad oggetto esclusivo in quanto previste specificamente per gli affidamenti nell'ambito dei settori speciali (artt. da 114 a 141).

Il quadro delle norme non previste per i settori speciali ma a questi applicabili può essere così sintetizzato:

(a) in virtù dei rinvii contenuti all'art. 114, trovano applicazione ai settori speciali gli artt. da 1 a 58 (principi generali e disposizioni comuni, soggetti ammessi alle gare, procedure di scelta, ecc.). Il che comporta l'applicabilità, oltreché di alcune norme di carattere generale, anche di quelle in tema di progettazione di lavori (artt. 24 ss.) (12); di quelle che regolano le fasi delle procedure di affidamento ed i relativi controlli (artt. 32 e 33 di quelle in tema di conflitti di interesse (art. 42); di quelle sulle modalità di affidamento di appalti di competenza

(11) Questa scelta a ben vedere non sarebbe stata compatibile con l'obiettivo dichiarato anche nella legge delega di una riduzione sul piano quantitativo delle norme che regolavano la materia dei contratti: la definizione di un autonomo e compiuto corpo normativo per i settori speciali, infatti, avrebbe, ne-

cessariamente, comportato la riproduzione anche di disposizioni comuni ai settori ordinari.

(12) Il che costituisce un elemento di significativa differenziazione rispetto alla disciplina previgente.

di stazioni appaltanti appartenenti a più Stati (art. 43); di quelle in tema di soggetti ammessi alle gare (artt. da 45 a 48); di quelle in tema di suddivisione in lotti (art. 51); di quelle in tema di accesso agli atti (art. 53), di accordi quadro (art. 54) di sistemi dinamici di acquisizione (art. 55) ed aste elettroniche (art. 56);

(b) in virtù dei rinvii contenuti all'art. 122, trovano applicazione, per quanto compatibili con la specifica disciplina sui settori speciali, gli artt. 65 (partenariato per l'innovazione); 66 (consultazioni preliminari di mercato); 67 (partecipazione delle imprese alle consultazioni preliminare); 68 (specifiche tecniche); 69 (etichettature); 73 (modalità di pubblicazione dei mezzi di indizione della gara); 74 (disponibilità elettronica dei documenti di gara);

(c) in virtù dei rinvii contenuti all'art. 133 trovano applicazione, per quanto compatibili con la specifica disciplina sui settori speciali, gli art. 74 (disponibilità elettronica dei documenti di gara); art. 77 (trovano applicazione, per quanto compatibili con la specifica disciplina sui settori speciali in tema di commissione giudicatrice, ma solo alle amministrazioni aggiudicatrici); art. 78 (albo dei commissari gestito dall'Anac); art. 79 (termini di ricezione di domande di invito ed offerte); art. 80 (in tema di cause di esclusione); art. 81 (in tema di Banca dati nazionale degli operatori economici); art. 82 (organismi di valutazione di conformità); art. 83 (requisiti di qualificazione e soccorso istruttorio); art. 84 (sistema unico degli esecutori di lavori pubblici); art. 85 (documento di gara unico europeo); art. 86 (mezzi di prova delle dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti); art. 87 (sistemi di qualità); art. 88 (registro *on line*); art. 89 (avalimento); art. 90 (elenchi ufficiali di operatori economici); art. 91 (riduzione del numero dei candidati nelle procedure ristrette); art. 92 (riduzione del numero di offerte e soluzioni); art. 95 (criteri di aggiudicazione); art. 96 (costi del ciclo di vita); art. 97 (offerte anormalmente basse); art. 100 (requisiti per l'esecuzione dell'appalto); art. 105 (subappalto); art. 106 (modifica dei contratti durante il periodo di efficacia); art. 110 (risoluzione); art. 112 (appalti e concessioni riservati).

Questa impostazione rende il perimetro delle norme applicabili non sempre agevolmente definibile. Un primo ordine di difficoltà è legato alla circostanza che, per le norme oggetto di specifico richiamo, la loro applicabilità ai settori speciali deve intendersi circoscritta nei soli limiti in cui ciò

sia compatibile con le disposizioni specificatamente dettate per i settori speciali. Ad esempio, il richiamato art. 80 (Motivi di esclusione) previsto per i settori ordinari ed espressamente richiamato tra le norme riferibili anche ai settori speciali trova a questi ultimi applicazione parziale in virtù della limitazione contenuta all'art. 136 del nuovo Codice, che ne circoscrive la portata cogente alle sole amministrazioni aggiudicatrici e ne delinea in termini solo facoltativi la loro riferibilità anche ad imprese pubbliche e soggetti privati.

Inoltre, le stesse disposizioni richiamate contengono talora limitazioni alla propria sfera di operatività, sì da escludere la loro portata vincolante per parte dei soggetti ricadenti nei settori speciali. È il caso, ad esempio, della disciplina in tema di responsabile del procedimento (art. 31), che lascia alle stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici la possibilità di "autorganizzarsi" per assicurare che i compiti attribuiti al responsabile del procedimento siano assolti. È anche il caso della disciplina in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti che - sulla carta - costituisce una delle novità di maggior rilievo della disciplina, che autolimita la propria sfera di vincolatività, escludendo gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici.

Lo stesso è a dirsi per quanto attiene all'art. 77 che, in tema di commissioni giudicatrici prevede il ricorso ai componenti esterni, da scegliersi nell'ambito di una lista comunicata dall'Anac, non applicabile alle procedure rientranti nella disciplina sui settori speciali, di competenza di soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici.

Ad accentuare ulteriormente i profili di complessità, vi sono poi previsioni, tradizionalmente riferite ai settori tradizionali e non richiamate tra quelle applicabili ai settori speciali, nelle quali, sembrerebbe "in via accidentale" e senza alcun nesso logico, viene fatto riferimento anche agli enti aggiudicatori (v. art. 113, in tema di incentivi alla progettazione).

Infine, vi sono disposizioni che pure regolano istituti centrali nella disciplina sui contratti pubblici e che benché non siano state in alcun modo richiamate, devono ritenersi comunque applicabili (è il caso ad esempio, dell'art. 205, in tema di accordo bonario che fa riferimento ai contratti pubblici di competenza anche degli enti aggiudicatori, o dell'art. 207, in tema di transazione che fa riferimento in generale ai contratti pubblici).

Gli aspetti salienti della disciplina

a) Il doppio regime: appalti soprasoglia e sottosoglia

In linea con la tradizionale impostazione, viene riproposta la bipartizione tra affidamenti cc.dd. soprasoglia (13) e sottosoglia e, per questi ultimi, viene precisato che per imprese pubbliche e soggetti privati che operano in virtù di diritti speciali ed esclusivi trovi applicazione la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti negoziali, nel rispetto dei principi fondamentali del Trattato UE (14). Tale possibilità non è invece ammessa per gli enti aggiudicatori rientranti nel novero delle cc.dd. amministrazioni aggiudicatrici. Gli effetti di tale differenziazione nel regime applicabile quanto alle modalità di affidamento di appalti sottosoglia sono, nella pratica, piuttosto attenuate. Infatti, il vincolo per imprese pubbliche e soggetti privati a garantire i principi generali del Trattato UE a tutela della concorrenza (art. 36, comma 8), da un lato, e le modalità semplificate di affidamento previste, in generale, dall'art. 36, per gli appalti a rilevanza nazionale rendono sotto più profili meno netta la differenziazione dei regimi applicabili. Le amministrazioni aggiudicatrici, infatti (tanto nei settori ordinari che) nei settori speciali potranno procedere all'affidamento diretto, adeguatamente motivato, per i contratti di importo inferiore a euro 40.000, analogamente a quanto stabilito nel D.Lgs. n. 163/2006, sulla base del presupposto di un ridotto interesse dell'affidamento per il mercato. Per i lavori di importo compreso tra euro 40.000 e euro 150.000 nonché per gli affidamenti di servizi e forniture a rilevanza nazionale, l'affidamento presuppone un confronto concorrenziale tra almeno cinque operatori, ove disponibili, individuati in esito ad una previa consultazione. Per i lavori di importo compreso tra i 150.000 ed un milione di euro, l'affidamento può avere luogo mediante procedura negoziata, cui sono invitati a prendere parte almeno 10 operatori (in tendenziale continuità con quanto stabilito dall'art. 122 del D.Lgs. n. 163/2006).

(13) Le soglie di rilevanza comunitaria, per i settori speciali, sono stabilite dall'art. 35, comma 2, in euro 5.225.000 per i lavori; in euro 418.000 per forniture, servizi e concorsi; in euro 1.000.000 per i servizi sociali e per gli altri servizi indicati all'all. IX del Codice.

(14) La legge delega prevedeva tale possibilità per le sole imprese pubbliche.

(15) Nella nuova disciplina risultano attenuati gli elementi di

b) Gli affidamenti infragruppo

Viene confermata l'esclusione dall'ambito di applicazione della disciplina degli affidamenti infragruppo di lavori, forniture e servizi, ove ricorrano alcune condizioni tassativamente indicate dalla disciplina vigente (art. 7).

Si tratta di un'ipotesi parzialmente diversa da quella degli affidamenti *in house* prevista dall'art. 5, per settori ordinari e riferibile anche ai settori speciali. L'operatività di tale speciale ipotesi di deroga, al pari della disciplina previgente, è, comunque, subordinata ad un duplice, contestuale, ordine di condizioni:

(i) l'esistenza di un rapporto di collegamento tra il soggetto che affida il servizio e l'affidatario dello stesso;

(ii) la necessità che la società alla quale è affidato il servizio svolga un'attività, per lo più, "servente" nei riguardi della casa madre. In particolare, è necessario che una percentuale non inferiore all'80% della cifra d'affari in lavori forniture o servizi, nell'ultimo triennio, sia riconducibile a prestazioni rese nei confronti delle altre società del gruppo. Tale percentuale costituisce un valore medio per cui è ben possibile che con riferimento a singoli esercizi se ne registri uno scostamento, essendo, tuttavia, necessario che esso venga rispettato nel suo complesso.

Nel caso in cui più imprese collegate all'ente aggiudicatore forniscano gli stessi o simili servizi, forniture o lavori, la percentuale dell'80% del fatturato medio realizzato nell'ultimo triennio deve essere calcolata tenendo conto del fatturato totale dovuto rispettivamente alla fornitura di servizi, forniture o lavori da parte di tali imprese collegate (art. 7, comma 3, ult. per.) (15).

La deroga in questione è applicabile anche agli appalti e concessioni aggiudicati (art. 6):

(a) da un'associazione, consorzio o impresa comune, composti esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere attività prese in esame dalla direttiva ad uno di tali enti aggiudicatori; oppure

(b) da un ente aggiudicatore a un'associazione, consorzio o impresa comune di cui fa parte, purché l'associazione, il consorzio o l'impresa comune sia-

differenziazione con la disciplina generale degli affidamenti *in house*, per i quali viene espressamente meno la condizione della partecipazione pubblica totalitaria, purché la presenza di capitale privato non comporti potere di controllo o di veto (situazione non incompatibile con il collegamento richiesto per gli affidamenti infragruppo); viene fissata nella misura dell'80% la misura delle attività che la società deve aver svolto nei confronti dell'amministrazione o delle amministrazioni controllanti.

no stati costituiti per svolgere le attività di cui trattasi per un periodo di almeno tre anni, e che il relativo atto costitutivo preveda che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte almeno per lo stesso periodo.

Per tale ipotesi, la possibilità dell'affidamento diretto non sembrerebbe condizionata alla ricorrenza delle condizioni previste per le imprese collegate, ma la semplice sussistenza del requisito della durata minima dell'associazione tra soggetto aggiudicatore ed affidatario legittimerebbe il conferimento dell'appalto.

c) Oggetto del contratto di appalto

Elemento di significativa differenziazione rispetto alla disciplina in tema di settori ordinari sembrerebbe costituito dalla possibilità di ricorso al cd. appalto integrato (vale a dire, all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione), viceversa escluso per i settori ordinari. L'art. 59, comma 1, del Codice - che vieta il ricorso a tale tipologia contrattuale, ad eccezione dei casi di affidamento a contraente generale, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità - non è, infatti, tra le disposizioni richiamate come applicabili agli affidamenti nei settori speciali (16).

d) Requisiti di qualificazione

Più complesso è l'esame del tema relativo ai requisiti di partecipazione. Quanto alle cause di esclusione, in linea con le indicazioni della disciplina europea, il nuovo Codice introduce una differenziazione tra amministrazioni aggiudicatrici, da un lato, e imprese pubbliche e soggetti privati dall'altro (art. 136). Per i primi, i criteri per l'ammissione alle gare degli operatori economici comprendono

quelli previsti dall'art. 80 per i settori ordinari, con i quali necessariamente coincidono; per i secondi, il ricorso a detti requisiti è facoltativo. Questa impostazione differisce dal previgente regime in cui la disciplina in tema di requisiti di ordine generale aveva una portata cogente per tutti gli affidamenti nei settori speciali, a prescindere dalla natura dell'ente aggiudicatore.

Facoltativa è, per tutti gli enti aggiudicatori, l'applicazione dei requisiti di idoneità economico-finanziaria e tecnico-professionale, contenuti all'art. 83 (v. art. 136, comma 2). Più complesse considerazioni debbono invece essere svolte con riferimento alla possibilità di ritenere non cogente, per i lavori, il sistema di qualificazione incentrato sul possesso delle attestazioni SOA. La questione assume profili di delicatezza, in considerazione della inidoneità di tale sistema a qualificare in modo adeguato i concorrenti, laddove oggetto di affidamento siano lavori che richiedano particolari capacità e specializzazioni.

L'art. 84 che disciplina la materia è tra quelli (al pari dell'art. 83) cui fa generico riferimento l'art. 113 (ed è, come tale applicabile ai settori speciali), sempre nei limiti di compatibilità con la specifica disciplina dettata per questi ultimi.

Ad esso non fa, tuttavia, alcuno specifico riferimento, invece, l'art. 136; il che, proprio in virtù del richiamo di cui all'art. 113, potrebbe indurre a ritenere tale requisito cogente anche per gli affidamenti nell'ambito dei settori speciali.

Tale conclusione non tiene, innanzitutto, conto del fatto che il sistema unico di qualificazione disciplinato dall'art. 84, altro non è che lo strumento attraverso il quale, nel caso di appalti lavori, è dimostrato il possesso dei requisiti di idoneità previsti dall'art. 83 citato (17). Inoltre, una scelta in

(16) Non sembra che, rispetto a tale conclusione, possa assumere rilevanza quanto previsto all'art. 28, comma 13, che nell'ambito della disposizione in tema di contratti misti, dispone che le stazioni appaltanti possono prevedere la "messa a gara del progetto esecutivo" solo nei casi in cui l'elemento tecnologico ed innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori". Non è chiara la portata di questa disposizione, peraltro non presente nel testo inviato all'esame del Consiglio di Stato, soprattutto per quanto attiene al riferimento alla messa a gara del progetto esecutivo. La norma, nel disciplinare i contratti misti, sembrerebbe legittimare al ricorso in casi determinati all'appalto integrato (inteso come contratto misto di lavori e servizi aggiungendo un'ipotesi di eccezione a quelle previste dall'art. 53), senza avere alcun impatto sui settori speciali, cui, in virtù del richiamo all'art. 114, la norma in questione sarebbe applicabile in quanto compatibile.

(17) La differenza rispetto al precedente regime è rilevante. Le amministrazioni aggiudicatrici, infatti, erano vincolate ad applicare requisiti di idoneità tecnico-organizzativa ed econo-

mico-finanziaria analoghi a quelli previsti per i settori tradizionali.

Esse, infatti, erano tenute ad applicare gli artt. da 39 a 48, vale a dire, tutte le disposizioni in tema di requisiti di idoneità, ivi compresa, quella su modalità e termini di verifica degli stessi [controllo a campione su primo e secondo graduato, salvo che non abbiano istituito un proprio sistema di qualificazione [(in tal caso, nella definizione dei requisiti di accesso al sistema potranno richiedere requisiti di qualificazione ulteriori ai sensi dell'art. 340 del Regolamento)].

Imprese pubbliche e soggetti privati operanti in virtù di diritti speciali ed esclusivi, ai fini dell'accertamento dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria potevano alternativamente:

a. istituire propri sistema di qualificazione (ed, in tal caso, definire i requisiti in applicazione secondo i criteri stabiliti dell'art. 340 del Reg. attuativo n. 207/10);

b. ovvero, a differenza di quanto previsto per le amministrazioni aggiudicatrici

(i) applicare gli artt. da 39 a 48 del Codice

questo senso non sarebbe in linea con quanto stabilito dalla Dir. n. 25/14 (v. art. 80, par. 2), che fa riferimento alla possibilità (e non all'obbligo) che i criteri di selezione degli operatori economici tengano conto di quelli previsti, in generale e con portata cogente, nell'ambito della disciplina sui settori tradizionali.

e) Modalità di indizione e procedure di scelta, criteri di aggiudicazione

Per il resto, la nuova disciplina non contiene particolari elementi di innovazione rispetto al precedente assetto. Rimane la possibilità che la gara sia indetta alternativamente mediante la pubblicazione di un bando (art. 129), di un avviso periodico indicativo (art. 127) ovvero mediante il ricorso ad un sistema di qualificazione (artt. 128, 134 e 136). Solo apparentemente di rilievo, in tema di procedura negoziata non preceduta da forme di pubblicità (art. 127), è l'espunzione dell'ipotesi di lavori e servizi complementari, in precedenza prevista dall'art. 221, comma 1, lett. f). Sul piano sostanziale, tale modifica non dovrebbe avere impatto particolare in quanto la disciplina sostanziale è ora contenuta nell'art. 106 (18) che regola la fattispecie in

termini, sostanzialmente analoghi alla disciplina previgente (19).

In tema di criteri di aggiudicazione, trovano integrale applicazione le disposizioni previste per i settori ordinari: il che comporta la generalizzata applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'applicabilità e dei meccanismi automatici di individuazione della soglia di anomalia. Va detto, peraltro, che tali vincoli non sembrano configurabili per imprese pubbliche e soggetti privati operanti in virtù di diritti speciali od esclusivi qualora diano corso ad affidamenti sottosoglia, posta la possibilità di utilizzare i propri regolamenti negoziali, con il solo vincolo rappresentato dal rispetto dei principi del Trattato dell'UE a tutela della concorrenza.

Di rilievo, poi è, come anticipato, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la previsione dell'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a commissari esterni, iscritti in un apposito albo gestito dall'Anac, da sorteggiare nell'ambito di un elenco, fornito, a richiesta, da quest'ultima.

I contratti di concessione

di Marco Macchia

Sulla spinta del legislatore europeo il Codice introduce una disciplina di nuovo "conio" dedicata alle concessioni. Innovativo nei contenuti e dettagliato, tale regime ambisce a regolare i principi, le garanzie procedurali, nonché l'esecuzione del rapporto concessorio. Il paradigma concettuale a cui si ispira è che le concessioni devono spogliarsi del loro radicamento pubblicitario ed essere considerate a tutti gli effetti contratti, integralmente piegati alle esigenze del contesto economico, il cui elemento qualificante è il trasferimento del rischio operativo. In questa prospettiva il concessionario è un *partner* privato che si confronta con il mercato, che sottostà alle regole concorrenziali, mirando a contenere i costi e a realizzare un lavoro o a gestire un servizio in modo efficiente.

(ii) accertare i requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria nel rispetto dei principi fissati dagli artt. da 39 a 48 (art. 230, comma 3 e art. 233). In tale ultimo caso, in sostanza, la disciplina in tema di settori ordinari poteva costituire un riferimento ma non assumeva di certo alcuna portata cogente per gli enti aggiudicatori.

(18) Applicabile anche ai settori speciali, in virtù dell'art. 114, comma 8.

(19) In sostanza, si ammette la possibilità di affidamento al

contraente originale di lavori, servizi e forniture "supplementari" che, non inclusi nell'appalto iniziale, si siano resi necessari e qualora un cambio del contraente: (a) sia impraticabile per motivi economici o tecnici, quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; (b) comporti per l'Ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi.

Dalla direttiva europea al codice nazionale

La direttiva europea 26 febbraio 2014, n. 23 sulle concessioni contiene diversi profili innovativi, tra cui in particolare la prima regolamentazione organica dei contratti di concessione, provando così a fare ordine in un settore centrale per la sua rilevanza economica, ma finora regolato in modo disordinato, prevalentemente con comunicazioni (1) (dalle istituzioni europee) ovvero con tecniche di interpretazione analoga (dagli organi giurisdizionali). L'incertezza giuridica può rappresentare, infatti, un fattore di ostacolo alla libera fornitura di servizi e può provocare distorsioni nel funzionamento del mercato interno. Mentre "un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione di concessioni garanti[sce] un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione assicurando altresì la certezza giuridica e favorendo quindi gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini. Tale quadro giuridico consent[er]e inoltre di fornire maggiore certezza giuridica agli operatori economici e potrebbe costituire una base e uno strumento per aprire maggiormente i mercati internazionali degli appalti pubblici e rafforzare gli scambi commerciali mondiali" (2).

Sebbene costituisca una regolamentazione organica - parte di un ampio disegno di armonizzazione progressiva, che soddisfa l'esigenza di dare un *corpus* giuridico ispirato a criteri di uniformità a tutte le modalità di *procurement* indette da amministrazioni - si tratta pur sempre di un primo esperimento. È, infatti, una direttiva di prima generazione, ancora poco dettagliata. Il cui obiettivo maggiore è rappresentato da una maggiore attrattività finanziaria degli investimenti in opere in un'ottica di coinvolgimento dei capitali privati nella realizzazione dell'infrastruttura, nel momento in cui la crisi dei debiti sovrani ha messo chiaramente in luce i limiti della capacità finanziaria statale. Nonostante il non elevato grado di dettaglio non sono mancate le difficoltà di recepimento nell'ordinamento inter-

no, con particolare riguardo al rinnovato accento sul trasferimento del rischio operativo, alla semplificazione, alla libertà di organizzare le procedure di scelta del concessionario (sotto il profilo di un quadro giuridico unitario), nonché alla discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici.

A venire in rilievo, innanzitutto, è il paradigma concettuale sovranazionale in base al quale le concessioni devono spogliarsi del loro radicamento pubblicistico ed essere considerate a tutti gli effetti *contratti*. In questo senso, le concessioni sono contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi ad un operatore economico (3). Il contratto ha per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi e il relativo corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi. Il "rischio operativo" oggetto di trasferimento al concessionario deve comportare l'assenza di garanzie economiche tali da mettere in dubbio il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. Non deve trattarsi di un rischio minimo, trascurabile o puramente nominale.

Ne consegue che, da un lato, sono accomunati i contratti di concessioni di lavori alle concessioni di servizi mediante l'applicazione di una disciplina unitaria; dall'altro, muta la *ratio* dell'istituto concessorio. Originariamente erano attribuiti al concessionario diritti speciali o esclusivi, in virtù dei quali quest'ultimo si sostituiva all'amministrazione, era soggetto a controlli pubblici, svolgendo attività strategiche per il benessere della collettività. Nell'ottica sovranazionale, all'inverso, la concessione è integralmente piegata alle esigenze del mercato: non solo il concessionario è scelto a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, ma quest'ultimo è un *partner* privato che si confronta con il mercato,

(1) Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02. Per un commento, C. Guccione, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2000, 1253 ss.; F. Leggiadro, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2000, 1430 ss.

(2) Dir. n. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Per approfondimenti si rinvia a Paper Astrid, *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, a cura di A. Pajno - L. Torchia - H. Caroli Casavola, *Le*

nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020, in questa *Rivista*, 2014, 1136 ss.; *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*, a cura di M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino, Milano, 2013, in cui sono contenuti ampi riferimenti bibliografici. Nonché a M. Ricchi, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 741 ss.

(3) Questa impostazione era da tempo riscontrabile in M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

che sottostà alle regole concorrenziali, mirando a contenere i costi e a realizzare un lavoro o a gestire un servizio in modo efficiente.

Elemento caratterizzante del rapporto concessorio, idoneo a distinguere la concessione rispetto al contratto di appalto, diviene il trasferimento del rischio operativo. Ossia l'assunzione del rischio, il fattore connesso all'incertezza del ritorno economico dell'attività di gestione sia nelle concessioni di lavori che di servizi. L'attuale disciplina già prevede il trasferimento dell'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera in capo al concessionario, nonché una effettiva allocazione dei rischi gestori sull'operatore economico. Ciò che cambia ora è che: a) il rischio di gestione si tramuta da fattore accessorio alla concessione in *elemento qualificante* proprio di questo contratto; b) corre l'obbligo per le parti di perimetrare esattamente tale grandezza economica.

Un'ulteriore novità coinvolge il regime del rapporto concessorio. A differenza del modello precedente, connotato da una cristallizzazione degli accordi durante la fase della gara e degli impegni presi in sede di esecuzione, la nuova disciplina della concessione presuppone una negoziazione tra le parti e riconosce a queste ultime la facoltà di modificare nel tempo il contratto in base alle esigenze dell'*iter* esecutivo, in quanto rapporto di durata, sebbene entro limiti sostanziali e procedurali ben definiti.

Sulla base di queste premesse e a valle di una "nutrita" legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 per il recepimento delle direttive europee, il legislatore nazionale ha scelto di recepire la normativa sovranazionale inglobando la disciplina delle concessioni all'interno di una distinta parte, la terza (che si compone di quattordici articoli, artt. 164-178, dedicati ai principi generali, alle garanzie procedurali, e all'esecuzione delle concessioni) del nuovo Codice, approvato con il D.Lgs. n. 50 del 2016. Ad essere regolate in questa parte sono sia la fase pubblicitica che precede la stipula del contratto sia la fase dell'esecuzione. Nondimeno, in quanto compatibili, si applicano alle concessioni anche le norme delle parti I e II del Codice, relativamente ai principi generali, alle procedure di scelta del contraen-

te, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara, ai requisiti di qualificazione soggettivi, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione, nonché alle modalità esecutive del contratto.

Ambito di applicazione

Con il Codice, innanzitutto, il legislatore ha scelto di distinguere il contratto di concessione dai rapporti di partenariato pubblico-privato, a cui ha dedicato un'autonoma parte (4). In quest'ultima fattispecie contrattuale sono conferite all'operatore economico "un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa". Il partenariato acquisisce così a livello nazionale una sua autonoma dignità giuridica, diversamente da quanto ritenuto dalla Commissione europea a parere della quale, invece, le concessioni rientrano tra le fattispecie di "partenariato contrattualizzato" (5).

La disciplina codicistica, in secondo luogo, fissa una soglia a partire dalla quale i rapporti concessori sono soggetti alla nuova normativa, recependo sul punto le indicazioni europee. Non si può fare a meno di notare che si tratta di un valore particolarmente elevato (se si considerano soprattutto le concessioni di servizi), sebbene direttamente prescritto dall'Unione. Il Codice si applica, infatti, alle concessioni di lavori o di servizi il cui valore sia pari o superiore a euro 5.186.000 (come per l'appalto di lavori) (6). Sono vietati indebiti frazionamenti che possono alterare il valore della concessione, al fine di escludere quest'ultima dall'osservanza delle norme del Codice, tranne il caso in cui ragioni oggettive li giustifichino (art. 167) (7).

Sono esplicitamente esclusi dall'ambito di applicazione del codice, invece, gli affidamenti *in house*, i servizi non economici di interesse generale (art. 164), i contratti di servizi aggiudicati in base ad un diritto esclusivo e i contratti aggiudicati in base a norme internazionali; nonché le concessioni di ser-

(4) Al riguardo si rinvia *infra* al contributo di F. Di Cristina, // *partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in questo numero della *Rivista*.

(5) Si rinvia sul punto alla classificazione operata nel Libro Verde sul partenariato, in cui si distingue tra partenariato "contrattualizzato" e partenariato "istituzionalizzato".

(6) Al fine di mantenere *standard* di applicazione uniformi, ogni due anni la Commissione è tenuta a verificare la corrispondenza della soglia di rilevanza comunitaria alle prescrizio-

ni di cui all'accordo sugli appalti pubblici dell'Organizzazione mondiale del commercio.

(7) Allo stesso tempo, al fine di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese il legislatore ha previsto che, quando un'opera o un servizio possono dar luogo all'aggiudicazione di una concessione *per lotti distinti*, è computato (per l'applicazione della disciplina codicistica) il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti.

vizi di trasporto aereo e trasporto pubblico, le concessioni di servizi di lotterie ovvero per l'esercizio di attività all'estero.

Gli articoli della parte III del nuovo Codice sono dedicati alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori o di servizi, indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, i cui lavori o i servizi rientrano nelle attività elencate all'allegato II del Codice. Questo allegato è stato redatto in conformità all'allegato (sempre) II della Dir. n. 23 (8).

L'equilibrio economico-finanziario

I ricavi di gestione del concessionario devono provenire dalla vendita dei servizi resi al mercato e quest'ultimo non può essere sollevato da qualsiasi perdita potenziale mediante la garanzia di un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi sostenuti. In quest'ottica, al concessionario è trasferito un rischio operativo - aggiungendo al rischio proprio del contratto di appalto il rischio di mercato - riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi, oggetto della concessione, incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario (9). Ne discende un obbligo normativo di quantificare esattamente le grandezze economiche per la corretta allocazione dei rischi, tra cui innanzitutto il valore della concessione, anche al fine di assicurare la bancabilità ed il finanziamento delle opere. L'art. 167 prescrive che il valore dei contratti deve essere calcolato sulla base di criteri *oggettivi*, espressamente descritti nella documentazione di gara, ciò al fine di evitare che vengano omessi nel computo introiti diversi, come quelli derivanti ad esempio da attività sanzionatorie o vantaggi finanziari discendenti dagli obblighi di

servizio pubblico ovvero dalla vendita di elementi dell'attivo.

Lo schema contrattuale deve essere definito dall'amministrazione nell'ottica di assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera. Per la serietà delle garanzie finanziarie il bando potrà prevedere che le offerte siano corredate da uno o più dichiarazioni d'interesse da parte d'istituti finanziatori (10). Data la centralità dell'equilibrio economico-finanziario, il contratto potrà essere sottoscritto soltanto allorché l'aspirante concessionario dimostri, sulla base di idonea documentazione, il finanziamento dell'opera medesima.

La concessione, per giunta, è un contratto di durata in cui occorre conservare nel tempo la sostenibilità dell'equilibrio economico finanziario (11). A tal fine, l'amministrazione può anche stabilire, in sede di gara, che vi siano contributi pubblici ovvero cessione (o diritti di godimento) di beni immobili, la cui utilizzazione sia strumentale all'opera affidata in concessione, purché il finanziamento pubblico non sia superiore al 30% del costo dell'investimento complessivo (comprensivo di eventuali oneri finanziari).

Ad essi si aggiungono gli strumenti di finanziamento "nel" mercato, come il contratto di finanziamento o l'emissione di obbligazioni di debito. Deve essere prevista la risoluzione del rapporto concessorio laddove entro un congruo termine sia mancato il collocamento delle obbligazioni di progetto. In caso di finanziamento solo parziale (sebbene per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale), il bando può disporre che il contratto rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione di tale stralcio funzionale.

(8) Secondo l'Allegato II, le disposizioni del codice che disciplinano le concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori di cui all'art. 164, comma 1, si applicano alle seguenti attività: 1) la gestione delle reti per il gas e l'energia termica; 2) la gestione delle reti per l'elettricità; 3) attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo. Nei servizi di trasporto, si considera esistere una rete se il servizio viene fornito alle condizioni operative stabilite dalla competente autorità, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio; 4) le attività relative allo sfruttamento di un'area geografica al fine della messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali; 5) le attività relative alla fornitura di servizi postali; 6) le attività relative allo sfruttamento di un'area geografica ai fini di estrazione di petrolio o di gas, ovvero prospezione o estrazione di carbone o altri combustibili solidi.

(9) Il trasferimento del rischio operativo corrisponde concretamente ad un obbligo di "internalizzare" nel rapporto concessorio l'eventualità di non riuscire a coprire gli investimenti effettuati e i costi sopportati per realizzare i lavori o per l'esecuzione e la gestione dell'opera o del servizio reso.

(10) Possono essere anche avviate consultazioni preliminari con gli operatori economici per verificare la finanziabilità e la bancabilità dei progetti sul mercato, in vista di un eventuale adeguamento degli atti di gara alle esigenze del contesto economico.

(11) L'equilibrio economico finanziario nell'ambito del rapporto concessorio è dato dalle condizioni di "convenienza economica" e della "sostenibilità finanziaria". La prima consiste nella "capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito"; la seconda va letta come l'idoneità "del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento".

Ai medesimi principi ispiratori deve essere conformata la durata del rapporto concessorio, la quale non può superare il tempo ragionevolmente necessario al recupero dell'investimento e il ritorno del capitale investito, tenendo in considerazione altresì l'ammontare degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali risultanti dal piano economico finanziario e la complessità organizzativa dell'oggetto contrattuale (art. 168). A conferma della suscettibilità del contratto di concessione di essere modificato in corso di esecuzione, si dispone che per "investimenti" debbano essere considerati sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione. Nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento, non può essere prevista la proroga della durata della concessione in corso di esecuzione (art. 175), a differenza di quanto accade nell'appalto in cui la proroga è ammessa sebbene solo ove sia stata prevista in sede di gara e limitatamente al tempo strettamente necessario per l'individuazione di un nuovo contraente.

Le garanzie procedurali

Ai sensi dell'art. 166, le amministrazioni sono libere di scegliere le procedure di selezione del concessionario e di decidere il modo migliore per organizzare e gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione di servizi, nell'ottica di assicurare la qualità, la sicurezza e l'accessibilità tariffaria e geografica del servizio medesimo. Ciò è coerente con l'impostazione europea tesa ad una maggiore professionalizzazione e (connessa) responsabilizzazione delle stazioni appaltanti, in stretta correlazione con le garanzie d'interesse pubblico.

La procedura competitiva deve adattarsi in modo flessibile alle esigenze amministrative, garantendo la qualità delle prestazioni nonché i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (art. 30). Difatti, nel rispetto dei criteri di aggiudicazione previsti nelle parti I e II, la stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti (art. 171), data la "complessità" tecnica e operativa delle concessioni. Potranno essere discussi con i candidati tutti gli aspetti del contratto in occasione della fase di attuazione, pur nel rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento tra operatori economici, in modo da consentire all'amministrazione di

acquisire le conoscenze del mercato che le consentano di bandire una procedura concorsuale il più possibile rispondente alla soddisfazione dell'interesse pubblico (12).

Il bando dovrà dare adeguata pubblicità ai seguenti elementi: la descrizione della concessione, le condizioni di partecipazione alla gara da parte dei candidati, l'espressa indicazione della subordinazione della validità del rapporto concessorio all'attuazione del piano finanziario, al rispetto della tempistica in esso prevista per la realizzazione degli investimenti e alla necessità che il concessionario s'impegni espressamente al rispetto di tali condizioni, la descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, dei requisiti minimi da soddisfare per l'accesso alla gara. Proporzionalmente all'esigenza di garantire la capacità di eseguire il contratto (e commisurati agli obiettivi pubblici), le stazioni appaltanti potranno verificare il possesso in capo agli aspiranti aggiudicatari delle capacità tecnico-professionali ed economico-finanziaria sulla base di certificazioni, autocertificazioni, o attestati che devono essere presentati come prova.

La valutazione delle offerte dovrà tener conto dell'innovatività. I criteri di aggiudicazione possono essere elencati in ordine decrescente di importanza, in un'ottica volta a rendere le offerte il più possibile rispondenti al corrispondente "ordine di rilevanza" che alcuni parametri assumono per l'amministrazione nella realizzazione del pubblico interesse sotteso alla specifica commessa (art. 173). La ricerca di soluzioni innovative e socialmente compatibili sul mercato, incentivata a livello sovranazionale, può anche comportare la modifica dell'ordine di importanza dei criteri, purché la stessa sia assistita da corrispondenti forme di pubblicità che non alterino la *par condicio*. Resta fermo il ricorso all'avvalimento, nel senso che in casi particolari e in presenza di ragioni di opportunità l'operatore potrà affidarsi alla capacità tecnica e professionale nonché alla capacità economica e finanziaria di altri soggetti (art. 172).

L'esecuzione del contratto di concessione

La disciplina europea non tralascia, infine, la fase esecutiva del contratto nella convinzione che anch'essa sia in grado di incidere sull'assetto competitivo del mercato, soprattutto nei rapporti di durata,

(12) All'amministrazione appaltante è lasciata la facoltà di limitare discrezionalmente il numero dei candidati sulla base di criteri oggettivamente predeterminati nella massima traspa-

renza e pubblicità, fermo restando che il numero dei candidati invitati a partecipare deve essere comunque sufficiente a garantire una concorrenza effettiva.

come quelli concessori, che necessitano di adattamenti ai mutamenti del contesto economico. Per questa ragione sono puntualmente disciplinati gli affidamenti infragruppo, la modifica del contratto, il subappalto e la cessazione del rapporto contrattuale.

Quanto ai primi, i titolari di concessioni già in essere, non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero tramite procedure ad evidenza pubblica, sono tenuti a rivolgersi al mercato (mediante gare) per una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni, che siano di importo superiore a euro 150.000. Solo per la restante parte potranno fare ricorso a società *in house* ovvero controllate o collegate al concessionario. Con apposite linee guida l'ANAC dovrà definire le modalità di verifica del rispetto di dette quote, sebbene in caso di reiterate violazioni da parte del concessionario per due anni consecutivi l'amministrazione dovrà applicare una penale pari al 10% dell'importo complessivo della porzione di oggetto contrattuale che avrebbe dovuto essere esternalizzato.

I contratti in corso di svolgimento possono essere variati senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione per modifiche non sostanziali, ossia non in grado di alterare considerevolmente le condizioni contrattuali inizialmente pattuite (13). Ai sensi dell'art. 175, ciò tassativamente può avvenire: qualora le modifiche siano state espressamente previste nei documenti di gara, attraverso clausole chiare, precise e inequivocabili che ne fissino la portata e che, in ogni caso, non possono prevedere la proroga della durata contrattuale; per lavori o servizi supplementari non previsti nel contratto iniziale; qualora la modifica derivi da circostanze imprevedibili tali da non alterare la natura generale del rapporto; nel caso in cui per una clausola di revisione contrattuale o nel caso di successione in via universale o particolare un nuovo concessionario sostituisca l'aggiudicatario iniziale; nel caso in cui la stazione appaltante assumi su di sé gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei subappaltatori.

È ammesso per la prima volta il subappalto nei rapporti concessori. Il regime ad esso applicabile

presenta due aspetti di particolare interesse. Da un lato, i concorrenti hanno l'obbligo di indicare già in sede di offerta le parti del contratto che intendano subappaltare a terzi, dimostrando anche l'assenza in capo ai subappaltatori di eventuali motivi di esclusione. Dall'altro, la stazione appaltante è obbligata a pagare in via diretta i subappaltatori, con liberazione del concessionario dalla responsabilità solidale nei confronti del subappaltatore, salvo il caso in cui la natura del contratto lo impedisca.

Il rapporto concessorio può cessare per annullamento d'ufficio, per inadempimento, per subentro o per revoca. L'amministrazione può ricorrere all'*annullamento in autotutela* quando l'aggiudicatario manchi dei requisiti generali (disciplinati dall'art. 80), quando sia stato violato il diritto dell'Unione europea con riferimento al procedimento di gara per la scelta del concessionario, ovvero nel caso di modifica contrattuale che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione. La *risoluzione per inadempimento* segue, invece, il regime generale previsto dall'art. 1453 c.c. Contestualmente il non corretto adempimento può, altresì, aprire la strada al *subentro* di un nuovo operatore economico in via definitiva, nel senso che i finanziatori possono sostituire al concessionario inadempiente un altro concessionario avente i requisiti richiesti sotto il profilo tecnico e finanziario (tenuto conto dello stato di avanzamento della commessa), purché vi sia il consenso dell'amministrazione e in origine sia stato previsto nel bando. L'impresa subentrata deve garantire la ripresa dell'esecuzione dei lavori o dei servizi e l'esatto adempimento delle prestazioni oggetto del contratto secondo il termine definito dall'autorità pubblica. Se la concessione sia *revocata* per motivi di pubblico interesse, spettano al concessionario sia il valore delle opere realizzate (o i costi effettivamente sostenuti), sia un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10% del valore delle opere (o del servizio) ancora da eseguire secondo il piano economico finanziario.

(13) In base all'art. 175, comma 7, una modifica è considerata in ogni caso sostanziale "se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta: a) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla pro-

cedura di aggiudicazione; b) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)".

Le concessioni autostradali

Il nuovo Codice racchiude al suo interno, infine, una disciplina appositamente dedicata al settore autostradale, il cui testo è contenuto all'art. 178. In conformità alla normativa europea e alle previsioni della legge delega - nell'ottica di assicurare la massima apertura al mercato ed evitare proroghe e rinnovi contrattuali in assenza di procedure ad evidenza pubblica - il regime speciale delle concessioni autostradali è scomponibile in almeno tre frammenti. Il primo è relativo alla disciplina degli affidamenti, distinguendo tra concessioni scadute (14), concessioni in scadenza (15), e concessioni che scadranno tra più di due anni (16), favorendo in tutti i casi un ampio ricorso ai meccanismi competitivi di gara. Il

secondo riguarda il tema del trasferimento del rischio operativo, all'interno del quale si intende compreso "il rischio traffico" (17). Il terzo concerne la durata del rapporto concessorio, nella parte in cui è vietata la proroga delle concessioni autostradali. L'art. 178, in altre parole, introduce una disciplina innovativa dedicata ai concessionari autostradali. Non si tratta, tuttavia, di un regime che interessa in modo esauriente il rapporto concessorio e le dinamiche convenzionali tra concedente e concessionario, ma solo di previsioni frammentate, adottate con l'obiettivo di favorire gli investimenti privati in infrastrutture particolarmente rilevanti (soprattutto) in periodi di crisi economica, ricorrendo ai capitali del mercato (18).

Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale" di Fabio Di Cristina

Il nuovo "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" (D.Lgs. n. 50 del 2016) detta specifiche disposizioni relative al partenariato pubblico privato (PPP). Pur senza modificare radicalmente il quadro normativo vigente sino alla sua recentissima entrata in vigore (così come gli incentivi ad un maggior utilizzo del partenariato), la nuova disciplina presenta alcuni aspetti innovativi, specialmente in tema di affidamento, finanziamento e nuove figure di PPP (quali i cc.dd. "interventi di sussidiarietà orizzontale", il "baratto amministrativo" e la cessione di immobili in cambio di opere). Nel complesso, tale nuova disciplina conferma che il PPP è categoria giuridica ampia e complessa che può prestarsi ad intercettare, da un lato, esigenze di maggior tutela della finanza pubblica sempre più avvertite e, dall'altro, opportunità di flessibilità operativa ed innovatività gestionale per progetti di dimensioni più o meno rilevanti.

Gli incerti aspetti definitivi

La nozione di partenariato pubblico privato ha assunto tradizionalmente, e prevalentemente, una

valenza più descrittiva che prescrittiva. Si tratta di una "categoria" dai contorni "problematici e incerti" (1) che ha trovato nell'ordinamento italiano una sistematizzazione incompiuta. Da un lato, sul

(14) "Per le concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del presente codice, siano *scadute*, il concedente, che non abbia ancora provveduto, procede alla predisposizione del bando di gara per l'affidamento della concessione, secondo le regole di evidenza pubblica previste dal presente codice, nel termine perentorio di sei mesi dalla predetta data, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'articolo 5". Al riguardo, si rinvia a M. Macchia, *Le concessioni autostradali nella riforma del codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 3, 2016.

(15) "Per le concessioni autostradali *per le quali la scadenza avviene nei ventiquattro mesi successivi* alla data di entrata in vigore del presente codice, il concedente avvia la procedura per l'individuazione del concessionario subentrante, mediante gara ad evidenza pubblica, in conformità alle disposizioni del presente codice, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'articolo 5. Ove suddetto termine sia *inferiore a ventiquattro mesi* alla data di entrata in vigore del presente codice, la procedura di gara viene indetta nel più breve

tempo possibile, in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori".

(16) "Il concedente avvia le procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della nuova concessione autostradale entro il termine di ventiquattro mesi antecedente alla scadenza della concessione in essere, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'articolo 5".

(17) Prosegue la previsione citata specificando che "l'amministrazione può richiedere sullo schema delle convenzioni da sottoscrivere un parere preventivo all'Autorità di regolazione dei trasporti".

(18) Si rinvia a *La realizzazione e la gestione di infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni*, a cura di L. Saltari - A. Tonetti, IRPA Working Paper - Policy Papers Series No. 2/2014.

(1) A. Travi, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

piano europeo, è la stessa Dir. 2014/23/UE (2) ad affermare che “le difficoltà legate all’interpretazione dei concetti di ‘contratto di concessione’ e di ‘appalto pubblico’ hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea” (3), confermando che persino nozioni di più antica memoria - quali quelle di concessione e appalto, appunto - palesano difficoltà interpretative di non poco conto. Dall’altro, sul piano nazionale, il Consiglio di Stato (4), chiamato ad esprimere il proprio parere sullo schema di decreto legislativo recante il nuovo “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione” (5), ha ricordato che “(...) le forme di partenariato pubblico-privato non sono tutte esattamente riconducibili né all’appalto né alla concessione” (6) e che “gli articoli 180, 181 e 182 [dello schema di nuovo Codice] recano un archetipo generale del partenariato pubblico privato contrattuale. (...) Si introduce così una disciplina quadro valevole, oltre che per le figure tipizzate, anche per figure atipiche, definite (...) come ‘qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi (...)’”.

E proprio la natura di “archetipo generale” del partenariato pubblico privato, nonché la sua valenza quale “disciplina quadro”, peraltro comune alla disciplina del 2006 e del 2016, a non determinare, sul piano definitorio, cesure particolarmente marcate tra vecchio e nuovo Codice.

Nel vecchio Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 15 *ter*, inserito dal decreto correttivo del 2008 e successivamente modificato dal D.L. n. 1 del 2012) i “contratti di partenariato pubblico privato” sono definiti quali contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, “compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni” con allocazione dei rischi ai sensi delle “prescrizioni e degli indi-

rizzi comunitari vigenti”. Rientravano espressamente entro tale definizione, a titolo esemplificativo, la concessione di lavori e quella di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l’affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste e vi poteva rientrare altresì l’affidamento a contraente generale “ove il corrispettivo per la realizzazione dell’opera” fosse “in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell’opera per il committente o per utenti terzi”.

Nel nuovo Codice (art. 3, comma 1, lett. eee) il medesimo “contratto di partenariato pubblico privato” (stavolta declinato al singolare) è il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici, per un periodo determinato “in funzione della durata dell’ammortamento dell’investimento o delle modalità di finanziamento fissate”, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un’opera in cambio della sua disponibilità, del suo sfruttamento economico o della fornitura di un servizio connesso all’utilizzo dell’opera stessa “con assunzione di rischio, secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell’operatore”.

Dal punto di vista strettamente formale, vi è, tra le definizioni contenute nel vecchio e nel nuovo Codice, una differenza evidente che può forse derivare da un mero difetto di coordinamento. Il vecchio Codice faceva riferimento anche alla progettazione tra le prestazioni oggetto del contratto di PPP mentre il nuovo Codice fa riferimento, in generale, alla realizzazione, senza indicare espressamente se la progettazione possa essere ricompresa nel contratto di PPP o meno. Ebbene, l’art. 59 del nuovo Codice, relativo alla scelta delle procedure, indica che “È vietato il ricorso all’affidamento congiunto della progettazione e dell’esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità”, così recuperando la progettazione

(2) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione.

(3) Considerando 18 della Dir. 2014/23/UE.

(4) Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016.

(5) D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, così denominato dall’art. 1, comma 1, lett. b), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11.

(6) Per quanto attiene ai confini definitori, lo stesso Consiglio di Stato ha rilevato che “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 con-

cessioni 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”.

quale possibile oggetto, in questo caso, di affidamento congiunto. A ciò si aggiunga che all'art. 180 del nuovo Codice, dedicato specificamente al partenariato pubblico privato, si trova una conferma dell'affermazione di cui sopra, posto che questo dispone, tra l'altro, che "Il contratto [di partenariato pubblico privato] può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi".

Una ulteriore differenza tra vecchio e nuovo Codice, sotto il profilo squisitamente definitorio, appare il tema del finanziamento (7). Nel vecchio Codice particolare enfasi era prestata al finanziamento dell'opera - almeno parzialmente a carico di privati - mentre nel nuovo Codice si fa genericamente riferimento al contratto quale fonte delle modalità di finanziamento fissate, evidentemente, per ogni singolo caso di specie.

Ancora, dal confronto fra i due Codici emerge la distinzione, operata innanzitutto sul piano definitorio, tra partenariato pubblico privato e concessioni, definite e disciplinate, queste ultime, in modo sostanzialmente autonomo. Se partenariato e concessione stanno in rapporto di genere e specie, oppure se, diversamente, le due nozioni sono più distanti tra loro, ciò è irrilevante ai fini della nuova disciplina (sostanziale) dei contratti pubblici.

Per quanto concerne i profili di rischio, infine, nella sostanza nulla cambia, non potendosi ritenere che il mancato riferimento agli orientamenti europei in materia, nel testo del nuovo Codice, possa valere ad escluderne l'applicabilità. È amplissima, infatti, la giurisprudenza europea che riconosce nel trasferimento del rischio legato alla prestazione il tratto qualificante del partenariato pubblico privato (8), a prescindere dal fatto che tale circostanza sia espressamente richiamata o meno a livello nazionale.

(7) V. *infra* per ulteriori approfondimenti sul tema.

(8) In argomento, G.F. Cartei, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in G.F. Cartei - M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2015, 37 ss. Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte di Giustizia 10 settembre 2009, C-206/08, *Wasser und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) c. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*; nonché del 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*; del 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione c. Italia*; del 18 luglio 2007, C-382/05, *Commissione c. Italia*; e del 13 ottobre 2005, C-458/03 *Parking Brixen*.

(9) Ai sensi dell'art. 21, comma 3, del nuovo Codice, "Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000 euro e indicano, previa attribuzione del codice unico di progetto (...), i lavori da avviare nella prima annuali-

La programmazione e l'affidamento

Sul tema della programmazione, l'art. 21 del nuovo Codice disciplina il "Programma delle acquisizioni delle stazioni appaltanti". Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il "programma biennale degli acquisti di beni e servizi" e il "programma triennale dei lavori pubblici" (9), aggiornabile annualmente. Nell'ambito di tale ultimo programma, le amministrazioni aggiudicatrici individuano anche i "lavori complessi" e gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico privato. Su questo versante, il legislatore nazionale ha cercato di contemperare due esigenze, peraltro in linea di continuità con la previgente disciplina: da un lato, l'opportunità che, almeno sul fronte delle opere pubbliche, queste siano programmate in anticipo e, dall'altro, che le risorse finanziarie - che devono risultare almeno stanziare - si rendano disponibili all'atto della programmazione.

In tema di affidamento (10), è noto che la Dir. 2014/23/UE ha introdotto elementi di forte flessibilità (11) (per la verità dettati in tema di concessioni e non, in modo specifico, in tema di partenariato ma applicabili anche a quest'ultimo per analogia). Da un lato, la direttiva prevede che l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente aggiudicatore "sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario" (art. 30, comma 1). Dall'altro, essa prevede che i medesimi soggetti possono "condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti" (art. 37, comma 6). Il nuovo Codice, all'art. 179, detta una "disciplina comune applicabile" tanto all'istituto del partenariato pubblico privato, quanto a quello del contraente generale. Tale disciplina, in relazione ai lavori, è composta dalle parti I ("Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni"), III ("Contratti

tà, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente il progetto di fattibilità tecnica ed economica".

(10) In relazione alla previgente disciplina, cfr. M. Clarich, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e Partenariati Pubblico-Privati*, Milano, 2013, 43 ss.

(11) La legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, peraltro, non ha previsto criteri direttivi stringenti, indicando al legislatore delegato di recepire tutti "gli strumenti di flessibilità previsti dalle (...) direttive" europee (v. art. 1, comma 1, lett. f).

di concessione”), V (“Infrastrutture e insediamenti prioritari”) e VI (“Disposizioni finali e transitorie”) del Codice (ma “in quanto compatibili” rispetto a quella del singolo istituto, sia esso il PPP o il contraente generale), nonché dalla parte II, titolo I (“Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia”) e dalle “ulteriori disposizioni della parte II indicate all’articolo 164, comma 2” (12) (anche in questo caso in quanto compatibili).

Ora, al di là dell’evidente difficoltà di rintracciare, nel nuovo Codice, la disciplina effettivamente applicabile (in tal senso, la “clausola” di rinvio alle varie disposizioni “in quanto compatibili” di certo non aiuta), il legislatore nazionale ha colto lo spunto offerto da quello europeo facendo rifluire, in larga parte, la disciplina delle concessioni entro quella del partenariato pubblico privato, nel tentativo di dare maggiore sostanza a quest’ultima e di superare la sua natura in prevalenza descritta. Tale affermazione è però solo parzialmente vera. Da un lato, infatti, il legislatore delegato ha operato un rinvio, in particolare, alla disciplina delle concessioni e, dall’altro, ha identificato in modo specifico le procedure di affidamento dei contratti di PPP (art. 181). Appare non agevole comprendere se il rinvio alle altre parti del nuovo Codice valga, a seconda del caso di specie, ad identificare una disciplina speciale oppure una complementare a quella di cui all’art. 181.

Più in dettaglio, nell’ambito dei contratti di partenariato pubblico privato, la scelta dell’operatore economico “avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo” (13). Escludendosi quindi il ricorso a procedure senza bando, le amministrazioni aggiudicatrici pongono a base di gara il “progetto definitivo” (salvo che la gara non abbia ad oggetto anche l’attività di

progettazione) e uno “schema di contratto e di piano economico finanziario” volti a disciplinare, tra l’altro, l’allocazione dei rischi tra parte pubblica ed operatore economico. La scelta di quest’ultimo “è preceduta da adeguata istruttoria” con riferimento ad aspetti prettamente economico-finanziari: analisi della domanda e dell’offerta, analisi della sostenibilità economico-finanziaria ed economico-sociale dell’operazione, valutazione della “natura” ed “intensità” dei rischi “anche utilizzando tecniche di valutazione mediante 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”. In questo senso, pare che la disciplina italiana si avvicini a quella di alcuni ordinamenti di *common law*, in cui lo studio del *business case* e delle variabili socio-economiche è particolarmente sviluppato (14).

Per quanto concerne il “controllo” sull’attività dell’operatore economico, l’amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell’art. 181 del nuovo Codice, predispone sistemi di monitoraggio sulla base di linee guida adottate dall’Autorità nazionale anticorruzione, sentito il Ministero dell’economia e delle finanze, “verificando in particolare la permanenza in capo all’operatore economico dei rischi trasferiti”.

Le motivazioni alla base della formulazione dell’art. 181 del nuovo Codice possono essere riassunte secondo tre direttrici di fondo (15). La prima è volta a confermare l’ampio spettro di procedure che può essere prescelto per l’affidamento (nella speranza, forse, che la riluttanza ad adottare procedure non tradizionali sinora dimostrata dalle amministrazioni aggiudicatrici possa essere superata). La seconda mira ad instillare nell’ordinamento presidi per una

(12) “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 presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, 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”.

(13) Procedura largamente utilizzata all’estero ma per nulla, almeno sino ad ora, in Italia. V. Epec, *L’aggiudicazione di un PPP e l’utilizzo del dialogo competitivo in Europa*, dicembre 2011. V. anche AA.VV., *La realizzazione e la gestione di infrastrutture. Il regime giuridico delle concessioni*, IRPA Working Paper - Policy Papers Series n. 2/2014, in particolare il capitolo sul Regno Unito (215 ss.).

(14) Si v., ad esempio, l’ordinamento australiano: Australian

Government - Infrastructure Australia, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 1: Procurement Option Analysis*, December 2008, 5 ss, in cui si legge che “While individual governments will have specific processes, generally there is a staged decision-making process: i) governments will consider the investment decision based on the business case (or scoping study or feasibility study as the case may be); and ii) following the investment decision, Government will consider the procurement method decision based on the Procurement Options Analysis (which may or may not be part of the business case). The investment decision is required before a decision on the procurement method can be approved. (...) In all cases the full Procurement Options Analysis is to be finished well before preparation for tendering begins”.

(15) V. in argomento F. Goisis, *Rischio economico, trilateralità e traslattività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, 729 ss.; nonché F. Merusi, *Certezza e rischio nella finanza di progetto*, in G. Morbidelli, *Finanza di progetto*, Torino, 2004, 18 ss.

corretta analisi del “*value for money*” connesso alla sostenibilità economico-finanziaria del progetto e del costo-opportunità del PPP rispetto all'appalto, sul modello già seguito in altri ordinamenti, in special modo extraeuropei. La terza incardina nell'Autorità nazionale anticorruzione la verifica circa la continua sussistenza, in capo alla parte privata, dei rischi il cui trasferimento è negoziato, sul presupposto che l'esposizione per la parte pubblica non diventi irragionevole (16).

Il finanziamento e l'estinzione anticipata

Il tema del finanziamento, tra quelli finalizzati a delineare quell'archetipo generale di cui al parere del Consiglio di Stato, è senza dubbio quello su cui il legislatore nazionale è intervenuto con maggiore forza. L'art. 182 del nuovo Codice dispone che il finanziamento dei contratti di PPP possa avvenire mediante “*idonei strumenti*” quali, ad esempio, la finanza di progetto (disciplinata al successivo art. 183). Il finanziamento “può anche riguardare il conferimento di asset patrimoniali pubblici e privati” e la remunerazione del capitale investito, coerentemente con la definizione di cui al richiamato art. 3, “è definita nel contratto”.

L'art. 182 del nuovo Codice affronta altresì il tema della “anticipata estinzione del contratto” e della revisione dell'equilibrio del piano economico finanziario (PEF). Sul primo versante, il nuovo Codice dispone che sia il contratto a definire le conseguenze derivanti dall'anticipata estinzione e che queste debbano essere “tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico”. Sul secondo versante, il verificarsi di “fatti non riconducibili all'operatore economico”, incisivi sull'equilibrio del PEF, “può” comportare la sua revisione volta a rideterminare le condizioni di equilibrio inizialmente previste. Nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, la valutazione del NARS può essere chiesta dall'amministrazione in via facoltativa. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del PEF, le parti possono recedere dal contratto e all'operatore economico spetta il valore delle opere rea-

lizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici (17).

La differenza tra vecchio e nuovo Codice sembrano quindi rilevanti, almeno per ciò che concerne l'applicazione dei principi generali in materia. Il testo dell'art. 143, comma 8, del Codice del 2006 concernente il recesso (tuttavia relativo al rapporto concessorio, non essendo presente, nel vecchio testo normativo, per i motivi richiamati in premessa, una disciplina *ad hoc* del PPP), disponeva che i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione costituissero parte integrante del contratto. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabilivano nuovi meccanismi tariffari o che comunque erano idonee ad incidere sull'equilibrio del PEF, previa verifica del Comitato interministeriale per la programmazione economica, sentito il NARS, “comporta[va]no la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni”. In mancanza della predetta revisione “il concessionario [poteva] recedere dal contratto”.

La disciplina del PPP, nel nuovo Codice, determina quindi una maggiore ampiezza dei presupposti per l'eventuale cessazione del rapporto (i “*fatti non riconducibili all'operatore economico*” contro le variazioni apportate dal concedente o il *change-in-law* di cui al vecchio Codice); indica che il riequilibrio delle condizioni di equilibrio economico-finanziario è solo possibile (sottolineando, pertanto, una minore forza contrattuale della parte privata) e che il recesso, in caso di mancato riequilibrio, è anch'esso solo possibile e non necessario (tutelando maggiormente la finanza pubblica ma, probabilmente, scoraggiando i privati che possono fare meno affidamento sul riequilibrio e, da questo punto di vista, rendendo la fase della negoziazione più importante rispetto a quella della gestione).

Le nuove figure del partenariato pubblico privato

Come anticipato, il PPP declinato nel nuovo Codice sottende relazioni tra parte pubblica e parte privata di svariata natura (18), niente affatto ricon-

(16) Cfr. M. Ricchi, *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità*, in *Dir. ec.*, 2006, 575 ss.

(17) Una disposizione del medesimo tenore è rintracciabile all'art. 165, comma 6, del nuovo Codice, in tema di concessio-

ni.

(18) Peraltro ampiamente sperimentate negli altri ordinamenti europei. Per una esemplificazione, E.R. Yescombe, *Public-Private Partnership*, Amsterdam, 2007.

ducibili alle fattispecie di cui all'art. 3, comma 15 *ter* del vecchio Codice e più facilmente assimilabili al partenariato contrattuale (19). Il nuovo Codice, sotto questo aspetto, disciplina tre particolari "figure" di PPP che nella disciplina dei contratti pubblici del 2006 non erano previste: i cc.dd. "interventi di sussidiarietà orizzontale" (art. 189), il c.d. "baratto amministrativo" (art. 190) e la cessione di immobili in cambio di opere (art. 191).

Per quanto concerne gli "interventi di sussidiarietà orizzontale", questi possono riguardare le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale "riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere". Tali beni possono essere affidati in gestione "per quanto concerne la manutenzione" a consorzi di cittadini residenti. Per la realizzazione di opere di interesse locale, inoltre, "gruppi di cittadini organizzati" possono formulare agli enti locali "proposte operative di pronta realizzabilità", indicando costi e mezzi di finanziamento. Le opere realizzate sono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente competente, la realizzazione non comporta oneri fiscali a carico del gruppo attuatore e le spese per la formulazione delle proposte e la realizzazione delle opere sono parzialmente detraibili dall'imposta sul reddito dei soggetti che le hanno sostenute.

Per quanto concerne il baratto amministrativo (20), è data facoltà agli enti territoriali di definire criteri e condizioni affinché possano essere realizzati progetti presentati da cittadini singoli o associazioni di essi che riguardino la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali, gli interventi di decoro urbano o di recupero e riuso con finalità di interesse generale di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano "riduzioni o esenzioni di tributi corri-

spondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione". Va comunque rilevato che la Corte dei conti, ancor prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, si è espressa non favorevolmente in merito alla possibilità di "sostituire" il pagamento delle imposte con, ad esempio, la valorizzazione del territorio comunale se tra singola imposta ed attività diversa dal suo versamento non sussiste "inerenza" (21).

Per quanto concerne, infine, la cessione di immobili in cambio di opere, è disposto che la realizzazione di queste ultime possa contemplare, a titolo di corrispettivo, il "trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice" i quali "non assolvono più, secondo motivata valutazione della amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, funzioni di pubblico interesse". Possono formare oggetto di trasferimento anche i beni immobili già inclusi in programmi di dismissione e non ancora ceduti. Il bando di gara può prevedere che il trasferimento della proprietà dell'immobile e la conseguente immissione in possesso avvengano in un momento anteriore a quello dell'ultimazione dei lavori, previa presentazione di idonea polizza fidejussoria per un valore pari al valore dell'immobile medesimo.

Conclusioni

È nota la tesi secondo cui l'ordinamento europeo ha consegnato nelle mani dei legislatori europei numerosi strumenti in grado di accelerare gli investimenti e che questi raramente li hanno sfruttati in modo adeguato (22). In tema di partenariato pubblico privato, il nuovo Codice, ispirato alla logica flessibile della Dir. 2014/23/UE (23), come rilevato anche dal Consiglio di Stato, detta principi *bon a tout faire*, applicabili a "qualunque (...) proce-

(19) V. *amplius* G. Santi, *Il partenariato contrattuale*, F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, 2014, 243 ss.

(20) Il quale risulta comunque già introdotto nell'ordinamento dall'art. 24 del D.L. n. 133 del 2014.

(21) "Non si ritiene, viceversa, ammissibile la possibilità di consentire che l'adempimento di tributi locali, anche di esercizi finanziari passati confluiti nella massa dei residui attivi dell'ente medesimo, possa avvenire attraverso una sorta di datio in solutum ex art. 1197 c.c. da parte del cittadino debitore che, invece di effettuare il pagamento del tributo dovuto, ponga in essere una delle attività previste dalla norma e relative alla cura e/o valorizzazione del territorio comunale. La Sezione ritiene che tale ipotesi non solo non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della norma in quanto difetterebbe il requisito dell'inerenza tra agevolazione tributaria e tipologia di attività svolta dai soggetti amministrati, elementi che, peraltro, devono esse-

re preventivamente individuati nell'atto regolamentare del Comune, ma potrebbe determinare effetti pregiudizievoli sugli equilibri di bilancio considerato che i debiti tributari del cittadino sono iscritti tra i residui attivi dell'ente". Così Corte dei conti - Sez. regionale di controllo per l'Emilia Romagna, delib. n. 27/2016.

(22) G. della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, n. 1, 2013, 11 ss., il quale ritiene che l'ordinamento europeo abbia concorso alla "edificazione d'una cornice giuridica che incoraggi gli investimenti" (12) che non è stata sfruttata adeguatamente dal nostro Paese, anche a causa della debolezza "dell'intervento diretto dei pubblici poteri" (16-17).

(23) In argomento, *ex multis*, R. Craven, *The EU's 2014 Concessions Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, 188 ss.; nonché G. Greco, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2015, 1095 ss.

dura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi". È proprio la mancata tipizzazione delle figure di PPP a costituire il tratto più innovativo (e promettente) della nuova disciplina, consentendo al legislatore nazionale, anche in potenza, di sfruttare forme di partenariato per la realizzazione di opere e la fornitura di servizi del tutto nuove ma, comunque, improntate ai presidi in tema di fi-

nanziamento e gestione del rapporto di cui si è detto. In tale prospettiva, uno sguardo alla prassi applicativa sarà di fondamentale importanza per comprendere se e quanto le amministrazioni sapranno interpretare il nuovo orizzonte del PPP, trasformandolo da "archetipo generale" in efficiente strumento operativo.

L'*In house* nel nuovo Codice dei contratti pubblici di Giulio Veltri

Il commento si sofferma inizialmente sullo stato della giurisprudenza in tema di *in house*, per poi esaminare le principali novità apportate dalle direttive, pedissequamente trasfuse nel nuovo Codice dei contratti. Particolare attenzione è posta sulla partecipazione dei privati e sui dubbi che la stessa pone rispetto al modello ed alla disciplina della società mista. Sono infine esaminate le originali previsioni introdotte dal legislatore in relazione alla necessaria giustificazione del mancato ricorso al mercato, in una prospettiva di tutela della "concorrenza nel mercato" di esclusivo conio nazionale.

Le ragioni dell'*in house* (1)

Le radici dell'*in house* si rinvencono nella giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa agli affidamenti diretti di lavori, beni o servizi, ed alle condizioni che ne legittimano l'operatività in deroga ai principi di concorrenza fondanti il Trattato.

La Corte di Giustizia così procedendo non ha inteso costruire un modello, ma si è limitata a rilevare le concrete modalità gestionali ed organizzative già invalse negli Stati membri - la cui normativa è di volta in volta esaminata dalla Corte alla luce dei principi di non discriminazione, pari trattamento e trasparenza, nonché della normativa comunitaria minima di coordinamento delle legislazioni nazionali in tema di evidenza pubblica - considerandole come circostanze organizzative idonee a giustificare l'esenzione dall'obbligo di gara o, meglio, la non applicazione dei principi che in via generale contemplano tale obbligo ogni volta che l'amministrazione intenda acquisire opere o risorse strumentali alla propria *mission* istituzionale.

L'*acquis* comunitario ha dato il via, sul versante interno, ad un'evoluzione giurisprudenziale finalizzata a riqualificare quali "*in house*" le partnership pubblico-private già disciplinate ed espressamente sottratte all'obbligo di gara dalla normativa nazionale

(paradigmatico il tema delle società miste nella gestione dei servizi pubblici locali), e soprattutto ha condotto ad una riflessione interna circa la possibilità di regolare, anche dal punto di vista organizzativo e gestionale, l'*in house providing*; sicché il *focus* si è andato spostando - secondo un classico fenomeno di eterogenesi dei fini - dall'ottica dell'eccezione all'applicazione delle direttive, a quella delle modalità organizzative di gestione dei servizi, utili ad evitare la gara.

Di conseguenza, più recentemente, l'analisi e l'attenzione degli studiosi si è trasferita su un altro e più complesso campo: quello della compatibilità di uno schema organizzativo, ormai divenuto ordinario e strumentale, alla c.d. autoproduzione, con il generale principio di libera concorrenza inteso in chiave espansiva, ossia quale promozione di un mercato il più possibile aperto agli operatori privati.

Da un piano squisitamente giuridico - quello della suscumbilità o meno della fattispecie nell'ambito prescrittivo delle direttive comunitarie - si è passati a quello di politica economica, nazionale e comunitaria, della compatibilità del modello organizzativo e gestionale con una economia di libero mercato. Problema di politica economica che, come tale,

(1) Il paragrafo riprende l'analisi già effettuata da G. Veltri, *In house e anticipata efficacia delle direttive*, in *Urb. e app.*, 2015, 667.

sfugge, nei suoi lineamenti fondamentali, alla competenza della Corte di Giustizia e delle Corti nazionali, e diviene di pregnante ed attuale interesse del legislatore, anche dell'Unione, pressato da eventi di crisi economica globale e combattuto dal dilemma - reso estremamente attuale dal progettato incremento degli investimenti pubblici - tra l'autoproduzione in forma societaria, e l'acquisizione di opere, beni e servizi da operatori privati per il tramite dell'evidenza pubblica.

È in questo contesto che sono intervenute le nuove direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici. Esse riaffermano, a chiare lettere, l'indifferenza dell'Unione rispetto al fenomeno dell'autoproduzione, lasciando agli Stati membri le scelte in ordine al dilemma sopra riportato: "È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva..." (Considerando n. 6 e 7 Dir. 24, n. 7 e 8 Dir. 25; 5 e 6 della Dir. 23).

Le direttive non parlano mai di *in house*, ma regolano il fenomeno con riguardo agli appalti e alle concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico, o agli appalti tra amministrazioni aggiudicatrici (per i settori speciali), aggiudicati a una "persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato", escludendoli dall'ambito di applicazione delle direttive. Il riferimento normativo è all'art. 12 della

direttiva appalti (2014/24/UE), all'art. 28 della direttiva settori speciali (2014/25/UE) e all'art. 17 della direttiva concessioni (2014/23/UE); tutte norme di identico tenore.

In estrema sintesi può, dunque, affermarsi che le nuove direttive: 1) lasciano liberi gli stati membri in ordine alla scelta allocativa (autoprodurre o acquisire da operatori economici terzi); 2) si applicano solo ove la scelta sia quella di rivolgersi al mercato.

L'*in house* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, formata prima della piena operatività delle direttive succitate, le procedure di evidenza pubblica potevano escludersi tutte le volte in cui l'operatore affidatario non si configurava quale soggetto terzo rispetto all'amministrazione appaltante, ma si atteggiava alla stregua di uno dei servizi interni all'amministrazione stessa, a motivo del ricorrere dei seguenti requisiti (2):

- partecipazione pubblica totalitaria della società attuatrice (3);
- controllo analogo a quello operato sui propri servizi interni, da parte dell'amministrazione committente sulla società attuatrice del servizio (4);
- destinazione prevalente dell'attività svolta dalla società attuatrice a favore dell'Amministrazione committente (5).

(2) Per una esaustiva disamina dell'istituto, si veda E. Michetti, "In House providing - Modalità, requisiti, limiti", Milano, 2009; D.U. Galetta, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1, 17 ss.

(3) Sin dal 2005 la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che la partecipazione pubblica ai fini del rispetto dei requisiti essenziali per poter configurare l'affidamento *in house* deve essere totalitaria. La partecipazione privata, anche minoritaria, rende necessario il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, ponendosi quale fattore ostativo alla riconducibilità della società al modello tipico delineato dall'ordinamento, ovvero strumento di perseguimento degli interessi pubblici, assoggettato a uno stringente controllo analogo a quello esercitato dall'amministrazione sui propri organi. Stadt Halle, 11 gennaio 2005, in C-26/03.

(4) La partecipazione totalitaria è considerato requisito necessario, ma non sufficiente. Occorre che vi sia un "controllo analogo", ossia che il soggetto pubblico o i soggetti pubblici che partecipano al capitale della società abbiano sulla stessa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha successivamente specificato questo requisito, chiarendo che il controllo analogo consiste nella possibilità di determinare gli obiettivi strategici e le decisioni significative del soggetto *in house*, il quale, perciò, deve risultare privo di autonomia gestionale. Il controllo deve essere effettivo, strutturale e funzionale (Da ultimo, Corte di

Giustizia, Sez. V, 8 maggio 2014 (causa C-15/13), ed esulare da quelli che sono gli ordinari poteri attribuiti ai soci pubblici dagli ordinamenti degli Stati membri (Si veda, ad esempio, l'art. 2449 c.c.; in tal senso, espressamente, Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181). La verifica in ordine alla ricorrenza dei requisiti propri del soggetto *in house* doveva compiersi in concreto e in base alle previsioni contenute nello statuto della società, in forza di un'indagine empirica da effettuarsi caso per caso (Da ultimo, Cass., SS.UU., 26 marzo 2014, n. 7177). La Corte di Giustizia, anche di recente (Corte di Giustizia. UE 29 novembre 2012, in cause riunite C-182/11 e C-183/11, Eco-nord), ha avuto altresì modo di dichiarare che "quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta" (il c.d. *in house* frazionato).

(5) Il terzo requisito era costituito dalla prevalenza dell'attività svolta con l'ente affidante; ossia il soggetto *in house* avrebbe

Le innovative previsioni delle direttive 23, 24 e 25/2014

La direttiva appalti (2014/24/UE), nell'individuare gli ambiti nei quali l'applicazione della direttiva stessa è esclusa, si occupa, all'art. 12, degli "Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico", utilizzando un paradigma comune anche alle altre direttive (di identico tenore sono l'art. 28 della direttiva sui settori speciali e l'art. 17 della direttiva concessioni).

Da esse emerge una netta modifica delle regole già fissate in via pretoria dalla giurisprudenza, quanto meno in ordine ai requisiti della partecipazione totalitaria e della prevalenza dell'attività svolta in favore dell'amministrazione aggiudicatrice: per l'effetto, le nuove direttive, e gli obblighi di evidenza pubblica dalle stesse discendenti, oggi non trovano applicazione, non soltanto in caso di soggetto affidatario interamente partecipato, ma anche in caso di partecipazione di capitali privati che però non comportino controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati, e che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Inoltre non è più necessario che l'attività accessoria svolta a favore di committenti diversi dagli enti proprietari sia del tutto marginale e trascurabile, essendo ammesso che il soggetto partecipato arrivi a svolgere sino al 20% della sua attività nel libero mercato.

Più nel dettaglio, come per tempo segnalato in dottrina (6): al paragrafo 1 dell'art. 12 della Dir. 2014/24/UE è disciplinato il c.d. *in house* "classico", secondo lo schema dei cc.dd. "requisiti Teckal" (secondo la ormai storica sentenza del 1999). Si precisa tuttavia che il controllo analogo si ha "qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata". Viene precisato che "tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione

aggiudicatrice". Si tratta del c.d. *in house* "a cascata" nel quale l'amministrazione capofila esercita un controllo analogo su un ente che a propria volta un controllo analogo sull'organismo *in house*: anche se tra la capofila e l'organismo *in house* non sussiste una relazione diretta è comunque ammesso l'affidamento diretto.

Sempre in tema di controllo analogo, sono previste altre variazioni alla struttura classica, in particolare il paragrafo 3 riconosce la legittimità, conformemente a quanto già fatto dalla Corte di Giustizia, del c.d. *in house* "frazionato" o "pluripartecipato".

In aggiunta a quanto già affermato dalla giurisprudenza, il par. 2 riconosce inoltre la legittimità dell'*in house* c.d. "verticale invertito" o "capovolto" e dell'*in house* "orizzontale". L'*in house* "verticale invertito" si ha quando il soggetto controllato, essendo a sua volta amministrazione aggiudicatrice, affida un contratto al soggetto controllante senza procedura di evidenza pubblica. Si verifica una sorta di bidirezionalità dell'*in house*. La giustificazione a tale possibilità di affidamento diretto dovrebbe risiedere nel fatto che mancando una relazione di alterità, i rapporti tra i due soggetti sfuggono al principio di concorrenza, qualunque sia la "direzione" dell'affidamento.

L'*in house* "orizzontale" implica, invece, l'esistenza di tre soggetti. Un soggetto A aggiudica un appalto o una concessione a un soggetto B, e sia A che B sono controllati da un altro soggetto C. Non vi è quindi alcuna relazione diretta tra A e B, ma entrambi sono in relazione di *in house* con il soggetto C, che controlla sia A che B. In tale ipotesi, la giustificazione alla possibilità di affidare direttamente il contratto ad un soggetto che non è controllato dall'affidante starebbe nel fatto che la persona giuridica affidante e affidataria sono entrambe controllate secondi i criteri Teckal da un terzo soggetto (7).

Ma la novità più rilevante rispetto allo stato della giurisprudenza della Corte di Giustizia è sul fronte della partecipazione dei privati. La nuova previsio-

ne deve svolgere la parte più importante della propria attività con il soggetto o i soggetti pubblici che lo controllano. Il che non vuol dire che il soggetto *in house* debba svolgere esclusivamente l'attività con i soggetti controllanti, ma che la diversa attività eventualmente svolta debba essere accessoria, marginale e residuale.

L'interprete deve prendere in considerazione tutte le circostanze, sia qualitative che quantitative: sotto il profilo quantitativo, il fatturato determinante è rappresentato da quello realizzato in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente controllante, dovendo rifuggire da rigide predeterminazioni legate alla percentuale dello stesso; sotto il profilo qualitativo, è ne-

cessario valutare la natura dei servizi resi, richiedendosi che l'attività accessoria, libera e rivolta al mercato, sia marginale e assuma portata meramente strumentale rispetto alla prestazione d'interesse economico svolta in via principale dalla società.

(6) S. Foà - D. Greco, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in www.federalismi.it, luglio 2015; C. Volpe, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*. Relazione svolta al 61° Convegno di studi amministrativi, pubblicata su www.giustizia-amministrativa.it.

(7) Così, S. Foà - D. Greco, *op. cit.*

ne consente infatti un affidamento diretto a una società che potrebbe essere definita “mista” seppur in ragione di una piccola e residuale partecipazione dei privati.

La possibilità è invero circondata da cautele e limitazioni, atteso che: 1. le forme di partecipazione private devono essere obbligatorie ai sensi delle disposizioni legislative degli Stati membri; 2. devono essere conformi ai Trattati; 3. non devono comportare il controllo della persona giuridica o il potere di veto, né un’influenza dominante sulla persona giuridica controllata.

Dubbi sul versante interpretativo derivano dal doppio limite in forza del quale le forme di partecipazione di capitali privati devono essere “prescritte dalle disposizioni legislative nazionali” ed essere “conformi ai Trattati”.

Un dirimente apporto esegetico è in proposito rinvenibile nel considerando n. 32 per i settori ordinari, e n. 46 per le concessioni, secondo i quali l’essenziale dal procedimento di evidenza pubblica “non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l’aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all’operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell’esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un’influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata”.

Si chiarisce, cioè, che la partecipazione dei privati (ininfluente) non vale a delineare una società mista peculiare, abilitata a contrarre direttamente con l’amministrazione, ma è riferita ai casi in cui le discipline di alcuni Stati membri impongano

una partecipazione di capitali privati, purché compatibile con i Trattati (8).

In dottrina (9) si è dubitato della legittimità di tale previsione rispetto ai Trattati, soprattutto ove letta in combinato con la possibilità per la società *in house* di svolgere fino a poco meno del 20% della propria attività, non a favore dell’amministrazione aggiudicatrice controllante, ma di soggetti terzi. La sinergia di tali due previsioni potrebbe condurre ad un effettiva violazione dei principi di libera concorrenza alla base dei Trattati europei e ad una indebita sovrapposizione del partenariato pubblico-pubblico a quello pubblico-privato.

Gli scarni contenuti della legge delega in tema di *in house*

La legge delega n. 11/2016 del 28 gennaio 2016 ha dettato due principi e criteri direttivi specifici in tema di *in house* (10).

Il primo si trova nell’art. 1, comma 1, lett. tt), e tende a garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli affidamenti *in house*. Si prevede in particolare: a) l’istituzione, cura dell’ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house* ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti; b) l’iscrizione a domanda nell’elenco; c) la possibilità, nelle more dell’iscrizione, e sotto la propria responsabilità, di affidare direttamente all’ente controllato appalti o concessioni.

Il secondo principio e criterio direttivo è nell’art. 1, comma 1, lett. ccc), ed è molto generico.

Si prevede una particolare disciplina transitoria per l’affidamento delle concessioni autostradali, scadute o prossime alla scadenza, onde assicurare il massimo rispetto del principio dell’evidenza pubblica, nonché, per le concessioni per le quali l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore esercita sul concessionario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, dei principi desumibili dall’art. 17 della Dir. n. 2014/23/UE.

Ulteriori principi si ricavano dalle due deleghe previste dagli artt. 18 e 19 della L. 7 agosto 2015, n. 124 (dal titolo “*Deleghe al Governo in materia di*

(8) Secondo S. Foà - D. Greco, in *op. cit.* “la conferma di tale esegesi si trova nel testo del considerando in lingua inglese che parla di ‘*compulsory membership*’, che tradotto in italiano significa partecipazione obbligatoria e anche nel testo dell’art. 12, par. 1, lett c) che parla di partecipazioni ‘*required by national legislative provisions*’ (richieste dalle previsioni legislative

nazionali)”.

(9) C. Contessa, *L’in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, in C. Contessa - D. Crocco, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015.

(10) Per un primo commento, C. Volpe, in *op. cit.*

riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”), in tema, rispettivamente, di riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e di servizi pubblici locali di interesse economico generale.

Di rilievo la previsione - tra i principi e i criteri direttivi da rispettare da parte dell’emanando decreto legislativo ex citato art. 18, comma 1, lett. a) - della distinzione tra tipi di società in base a diversi criteri tra cui quello della “modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell’affidamento” al fine di individuarne la disciplina, “anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica”. L’art. 19 della L. n. 124/2015 prevede, poi, il riordino della disciplina in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale; riordino che dovrà necessariamente andare al di là del ristretto ambito fissato dai commi da 20 a 27 dell’art. 34 del D.L. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 221/2012.

In tema di individuazione delle modalità di gestione dei servizi, è prescritto il “rispetto dei principi dell’ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di auto-produzione, e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di autonomia organizzativa, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità” (art. 19, comma 1, lett. e, cit.).

Le previsioni del D.Lgs. n. 50/2016

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 Dir. 2014/23/UE sulle concessioni, dall’art. 12 della Dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e dall’art. 28 della Dir. 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 (11).

Le previsioni codicistiche ricalcano pressoché totalmente quelle delle direttive.

a) Il controllo analogo

Per quanto concerne il controllo analogo si è stabilito che “un’amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ...qualora essa eserciti un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata” (art. 5, comma 1, lett. a), confermandosi altresì l’ammissibilità del c.d. *in house* a cascata: “tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo” (art. 5, comma 2); oltre che del c.d. *in house* invertito “Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un’amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all’ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore...” (art. 5 comma 3); e dell’*in house* frazionato (art. 5, comma 4).

In relazione a quest’ultimo si sono pedissequamente recepite le direttive, prevedendo che le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono congiuntamente soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti (art. 5, comma 5).

b) La prevalente attività in favore dell’amministrazione costituente

Quanto alla prevalenza dell’attività “*intra moenia*” si è conformemente previsto che oltre l’80 per cen-

(11) Così il parere del Consiglio di Stato, Adunanza Commissione speciale, n. 855 del 1° aprile 2016.

to delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi (art. 5, comma 1, lett. b).

Anche i criteri di quantificazione dell'indicata misura sono frutto di una letterale trasposizione delle corrispondenti disposizioni della direttiva.

Si è in particolare previsto che per determinare la citata percentuale deve prendersi in considerazione il fatturato totale medio, o altra idonea misura alternativa basata sull'attività quale ad esempio i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione, e si è chiarito in proposito che ove a causa della recente data di costituzione della persona giuridica o dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, i criteri citati non sono utilizzabili "è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile".

c) La partecipazione dei privati

Qualche differenza, non solo testuale, è dato invece registrare sul versante della partecipazione dei privati.

Come già chiarito la direttiva prevede 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". La previsione, letta alla luce dei relativi "considerando", si riferisce ai casi in cui la partecipazione dei privati, e le relative forme, sono imposte dalla legge.

L'art. 5 comma 1, lett c) del Codice invece fa riferimento a forme di partecipazione di capitali privati "previste" dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati nella persona giuridica controllata.

La differenza è sostanziale. Dire che la partecipazione dev'essere semplicemente "prevista" e non "prescritta" significa mutare radicalmente prospettiva sovrapponendo il piano della partnership pubblico privata con quella pubblica, poiché, allo sta-

to, non vi sono, nell'ordinamento nazionale, norme che precludono la partecipazione di privati ad una società di capitali a prevalente capitale pubblico, né l'acquisto da parte di privati, di quote o azioni in società interamente pubbliche. L'assenza di preclusioni significa facoltà, e la riconosciuta facoltà trasforma l'originaria idea comunitaria di una deroga eccezionale, in un ordinario modello di società mista con socio privato sprovvisto di influenza determinante sulle decisioni societarie. Sicché si riproporrà verosimilmente il tema della selezione del socio privato influente, ma comunque destinatario di un'occasione di guadagno, rilevante ai fini dei principi proconcorrenziali.

Ad alimentare l'equivocità del testo interviene anche il comma 9 dell'art. 5, il quale prevede che "nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica".

La disposizione - invero asistemica nella parte in cui afferma l'applicabilità delle procedure di evidenza pubblica nell'ambito di un articolo per converso interamente dedicato ai principi comuni relativi alle "esclusioni" - sembra affermare, per implicito, che le società miste siano qualcosa di omogeneo rispetto all'*in house*, differenziandosene solo in relazione all'oggetto dell'attività (realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale).

Ne', *de iure condendo*, il TU società partecipate, in via di emanazione, fornisce elementi di chiarezza. Esso si limita a ribadire, da diverso punto di vista ma con la medesima prospettiva, che nelle società in controllo pubblico destinatarie di affidamenti diretti "non c'è partecipazione di privati ad eccezione di quelle previste dalla legge e che avvengono in forme che non comportano controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata" (art. 16 comma 1 dello schema). Ed anzi contiene norme in materia di gestione dei SIEG che alimentano i dubbi: all'art. 17 rubricato "società a partecipazione mista pubblico privata" prescrive che "per le finalità di cui all'art. 4 comma 2 lett. c) (ndr., i SIEG in regime di PPP) la quota di partecipazione del privato non può essere inferiore al 30 per cento", il che sembrerebbe lasciare intendere che al di sotto del 30 per cento potrebbe prospettarsi, non una partnership pubblico privata ma, un *in house*, sempre che una tale minoritaria partecipazione non com-

porti controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

Il regime speciale degli affidamenti *in house*

L'art. 192 è interamente dedicato all'*in house* e contiene una disciplina organizzativa ed una procedimentale, entrambe caratterizzate da tratti di spiccata specialità.

Quanto alle misure organizzative, il primo comma dell'art. citato istituisce presso l'ANAC l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

L'iscrizione nell'elenco è operata su impulso del soggetto aspirante affidatario, "dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto".

Secondo quanto chiarito dal Consiglio di Stato in sede di parere, l'iscrizione all'albo ha efficacia meramente dichiarativa e non costitutiva (12). Proprio in relazione a tale presupposto, l'organo consultivo ha suggerito - suggerimento poi colto dal Governo - in linea con la legge delega, di prevedere che "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, consente 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* (13).

Come accennato, la seconda parte dell'articolo è invece dedicato alla procedura e prescrive che ai fini dell'affidamento *in house* di servizi che sono disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti debbano effettuare preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta, adeguatamente motivando circa le ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché in

relazione ai 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 di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

La norma contiene due importanti principi: il primo è che i termini dell'instaurando rapporto economico devono soggiacere ad una previa valutazione di congruità rispetto alle condizioni disponibili sul libero mercato. Il precipitato applicativo dovrebbe essere quello dell'obbligo per le stazioni appaltanti che vogliano avvalersi dell'*in house*, della previa analisi di mercato, sì da dimostrare che l'affidamento diretto non comporta svantaggi economici per l'amministrazione e per la collettività.

Solo in seguito a tale analisi scatta il secondo principio: quello dell'onere motivazionale circa il mancato ricorso al mercato. L'adempimento, non preteso né contemplato dalle direttive, è sintomatico del carattere eccezionale e derogatorio dell'*in house* nazionale. Una volta che è dimostrato che le condizioni offerte dal soggetto *in house* sono congrue, occorrerà spiegare perché non ci si rivolge al mercato, utilizzando quale motivazione i fattori espressamente enucleati dalla disposizione, ossia universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio, nonché ottimale impiego delle risorse pubbliche.

In realtà i fattori elencati sembrano maggiormente idonei a definire le caratteristiche del SIEG più che la qualità soggettive dell'offerente, non potendosi sostenere, con riguardo alle società commerciali (tra le quali rientra anche la società pubblica) che l'*in house* sia, per la natura pubblica dell'assetto proprietario, vocato all'universalità ed alla socialità a prescindere da compensazioni economiche, o comunque lo sia più di una società mista o privata.

Al contrario l'unico fattore veramente soggettivo, *id est*, l'ottimale impiego delle risorse pubbliche, ha una potenzialità distorsiva, essendo evidente che la commessa pubblica non può essere lo strumento per salvaguardare i livelli occupazionali del settore pubblico.

Altra novità (o forse più un chiarimento) sul versante procedimentale concerne l'obbligo di pubblicazione degli affidamenti diretti. È previsto che sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", siano pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-da-

(12) Si ritiene che la natura dichiarativa dell'iscrizione all'albo non possa valere ad escludere l'impugnabilità della stessa

da parte delle imprese operanti nel mercato.

(13) Così il parere cit.

ta, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra

enti nell'ambito del settore pubblico, sempre che non secretati.

I requisiti degli operatori economici di Claudio Guccione

Con riguardo ai requisiti di partecipazione degli operatori economici alle gare pubbliche, siano essi di ordine generale o speciale, il nuovo Codice ha apportato notevoli innovazioni rispetto alla normativa previgente, sebbene solo con l'adozione della normativa secondaria sarà completa ed efficace la disciplina del nuovo sistema di qualificazione per quanto concerne i lavori pubblici, in relazione alla quale la norma primaria si limita a dettare i principi essenziali relativi all'attività delle SOA.

I motivi di esclusione

L'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016 rubricato "Motivi di esclusione" disciplina i requisiti morali che gli operatori economici devono possedere al fine di partecipare alle gare ad evidenza pubblica (1), i quali consistono in condizioni soggettive del concorrente che ne garantiscono l'affidabilità (2) e introduce rilevanti modifiche rispetto al previgente art. 38 (3), D.Lgs. n. 163/2006.

Innanzitutto, con riferimento all'ambito di applicazione soggettiva, i motivi di esclusione non devono sussistere in capo ai concorrenti a una procedura di appalto o concessione, nonché - come diretta conseguenza della modifica della disciplina del subappalto - in capo alla terna dei subappaltatori indicati ai sensi dell'art. 105, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016. In tale ultimo caso, se il subappaltatore versa in una ipotesi interdittiva l'esclusione deve essere comminata al concorrente, malgrado la leg-

ge delega n. 11/2016 avesse previsto solamente l'obbligo di sostituire il subappaltatore (4).

I primi commi dell'articolo affrontano le situazioni escludenti conseguenti a provvedimenti definitivi del giudice penale (5) per uno dei reati ivi elencati e rappresentano una causa di esclusione di diretta imposizione comunitaria (6).

La prima novità si rinviene sulle modalità di individuazione dei reati il cui accertamento comporta l'esclusione: dalla passata indicazione generale, che prendeva in considerazione il bene della vita offeso dal comportamento criminoso (7), all'attuale elencazione puntuale dei reati, da considerarsi tassativa data la lettura restrittiva delle cause di esclusione. In tale elencazione sono stati inseriti - riprendendo quanto introdotto dalla Direttiva - i reati di terrorismo o connessi ad attività terroristiche (8) e i reati concernenti il lavoro minorile o altre forme di tratta degli esseri umani (9).

(1) La norma nazionale recepisce l'art. 57 della Dir. 2014/24/UE, l'art. 38 della Dir. 2014/23/UE nonché l'art. 80 della Dir. 2014/25/UE.

(2) La *ratio* della disciplina consiste nel fatto che l'inaffidabilità dell'operatore economico è il motivo della sua esclusione dalle gare pubbliche, come confermato dal considerando n. 101 della Dir. 2014/24/UE che indica qualche esempio di inaffidabilità. In passato già Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 5029/2010; AVCP, Determinazione n. 1/2010.

(3) La prima differenza si rinviene nella rubrica dell'articolo, che riporta la medesima dell'art. 57 della Dir., discostandosi dal precedente art. 45, Dir. 18/2004/CE "Situazioni personali del candidato o offerente" e dall'art. 38 "Requisiti di ordine generale": tale nomenclatura conferisce una veste più oggettiva all'istituto e alla relativa disciplina.

(4) L. d. n. 11/2016, art. 1, lett. rrr) "l'obbligo di dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione e di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione". Sul punto non sono possibili fraintendimenti per-

ché la norma è stata modificata in seguito ai dubbi segnalati dal Consiglio di Stato con il Parere n. 855 inserendo il riferimento ai subappaltatori di cui all'art. 105, comma 6.

(5) Sentenza, decreto penale di condanna o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

(6) Art. 57, par. 1, Dir. 2014/24/UE e art. 38, par. 4, Dir. 2014/23/UE.

(7) Art. 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006. Tale lacuna normativa è stata colmata dalla prassi e dalla giurisprudenza amministrativa che hanno contribuito a fornire delle linee guida alle stazioni appaltanti nella valutazione discrezionale delle fattispecie di reato idonee ad incidere sull'affidabilità delle imprese concorrenti e in particolare dall'AVCP, con Determinazione n. 56/2000, conformemente con quanto indicato dal Ministero LL.PP. nella Circolare del 1° marzo 2000, n. 182/400/93.

(8) Si vedano gli artt. 1 e 3 della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio.

(9) Si vedano l'art. 2 della Dir. 2005/60/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio e il D.Lgs. n. 109/2007.

Il secondo comma dell'art. 80 prevede l'esclusione nel caso di applicazione delle misure contenute nel D.Lgs. n. 159/2011, c.d. Codice antimafia.

Rispetto alla precedente previsione (10) la norma ha un'estensione soggettiva maggiore perché l'esclusione dell'operatore economico interviene se i provvedimenti del giudice penale sono emessi tra l'altro nei confronti dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo (11). Tale previsione riporta quasi letteralmente quanto previsto dall'art. 57, comma 1, Dir. 2014/24/UE e in parte fa propria la giurisprudenza del Consiglio di Stato avente ad oggetto l'istitutore e i procuratori *ad negotia* (12), però lascia il dubbio su cosa debba intendersi per consiglio di direzione o di vigilanza.

Il comma 3, nell'indicare le cariche alle quali collegare l'esclusione, richiama esclusivamente il comma 1 - l'esclusione per provvedimenti del giudice penale - e non anche il comma 2 - i provvedimenti contenuti nel Codice antimafia. Tale lacuna genera particolari dubbi con riferimento ai soggetti cessati dalla carica l'anno precedente la pubblicazione del bando, ai quali l'art. 38 del previgente Codice riferiva esclusivamente l'esclusione per provvedimenti del giudice penale (13).

La medesima problematica si rinviene con riferimento alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. l) nella quale si legge un generico riferimento all'operatore economico (14) e non anche ai cessati.

Altra disposizione che suscita interesse è senz'altro quella di cui alla lettera c) del comma 5, la quale prevede come rilevanti ai fini dell'esclusione gli illeciti professionali gravi, tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente e che, na-

turalmente, non devono concretarsi in cause di esclusione già previste (15). In ordine ai suddetti illeciti professionali si ritiene opportuno prevedere un tempo massimo di rilevanza, che, se si volesse seguire la direttiva 2014/24/UE (art 57, par. 7), potrebbe essere di tre anni.

Disposizione certamente tra le più innovative è quella di cui al comma 7, che permette al concorrente e al subappaltatore che versa in una delle situazioni escludenti di provare di aver risarcito i danni causati (o di averci provato) e di aver adottato tutti i provvedimenti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti (16). Se la stazione appaltante ritiene sufficiente quanto predisposto dall'operatore economico lo stesso non è escluso dalla gara.

L'operatore economico può fornire con qualsiasi mezzo idoneo la prova della propria affidabilità, nonostante la sussistenza della causa di esclusione al momento della partecipazione alla gara.

Peraltro, con riferimento ai reati, tale ancora di salvataggio opera solamente se la condanna definitiva prevede una pena inferiore a 18 mesi o se è stata riconosciuta l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato.

Questa ultima previsione - a prescindere dalla poca chiarezza nel rinvio agli istituti penalistici e alle conseguenti incertezze applicative che ne discenderanno - non trova alcun fondamento nella Direttiva, che al contrario prevede la deroga per tutte le ipotesi escludenti (17). Per il legislatore comunitario la valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico è rimessa esclusivamente alla discrezionalità della stazione appaltante che deve considerare la gravità e le particolari circostanze del reato, senza prevedere presunzioni assolute quale quella indicata al comma 7 dell'art. 80.

(10) Art. 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. 163/2006: "*degli amministratori muniti di potere di rappresentanza*".

(11) Art. 80, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016.

(12) Sul punto gli orientamenti giurisprudenziali si attestano su posizioni non sempre univoche fino a Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 23 del 16 ottobre 2013. In termini Cons. Stato, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471; Cons. Stato, Sez. VI, 12 gennaio 2012, n. 178.

(13) Art. 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006. Sul punto Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 4711/2015.

(14) Art. 80, comma 5, lett. l): "l'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 68".

(15) Vd. documento di consultazione ANAC, "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c. del Codice".

(16) Tale ultima previsione è una rivoluzione copernicana della disciplina in materia perché in passato l'insussistenza delle cause di esclusione doveva sussistere alla data di presentazione dell'offerta e doveva perdurare fino al momento della stipulazione del contratto (Cfr. in termini, *ex plurimis*, Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 7 aprile 2011, n. 4; Cons. Stato, Sez. V, sent. 25 maggio 2010, n. 3325; Deliberazione AVCP n. 100 del 29 marzo 2007 e, per il subappaltatore, AVCP, determinazione 12 gennaio 2010, n. 1). Sulla *ratio* dell'istituto in esame, cfr., in questo numero, T. Di Nitto, *Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*.

(17) Art. 57, parr. 6 e 7, Dir. 2014/24/UE e art. 38, parr. 9 e 10, Dir. 2014/23/UE.

Unico limite comunitario alla deroga consiste nell'esclusione dalle procedure di gara già disposta con sentenza definitiva nel corso del periodo ivi indicato (18).

Oltre alle condanne definitive e alle misure antimafia, l'art. 80 elenca una serie di cause di esclusione alcune delle quali inedite rispetto al sistema previgente: la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di diritto ambientale, sociale, sulla salute e sicurezza sul lavoro (19); il conflitto di interesse fra il concorrente e la stazione appaltante nonché la distorsione alla concorrenza per aver il concorrente partecipato alla preparazione della procedura di gara.

I criteri di selezione

Per quanto riguarda i requisiti speciali, oggi denominati "criteri di selezione", l'art. 83 del Codice li divide in tre categorie: a) requisiti di idoneità professionale; b) requisiti di capacità economica e finanziaria; c) requisiti di capacità tecniche e professionali (20).

Con la prima tipologia, come espressamente specificato dalla medesima norma, si vuole far riferimento semplicemente all'iscrizione nella camera di commercio o nei competenti albi professionali degli operatori economici.

Successivamente, con riguardo agli appalti di servizi e forniture, la disposizione in esame stabilisce che la capacità economica e finanziaria debba essere determinata con riferimento al fatturato, ai conti annuali e/o al livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali (21). Con riferimento, invece, alle capacità tecniche e professionali, si prevede che si possa aver riguardo alle risorse umane e tecniche ed alle esperienze necessarie per ese-

guire l'appalto con un adeguato standard di qualità.

La norma, dunque, appare piuttosto generica (22), limitandosi a dettare dei parametri di riferimento ed a specificare che i requisiti richiesti devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, mentre entra nel dettaglio solo con riferimento al requisito del fatturato minimo, che si prescrive non possa comunque essere superiore al doppio del valore stimato dell'appalto (23). Rispetto a tale genericità, dunque, suscita qualche dubbio applicativo la prescrizione di cui al comma 8 dell'art. 83 che, ribadendo il principio di tassatività delle cause di esclusione già vigente nel nostro ordinamento, sancisce il divieto di includere nella *lex specialis* di gara ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal Codice nonché la nullità delle eventuali tali clausole comunque previste. Inoltre, suscita qualche perplessità la disciplina del *rating* di impresa ad opera del comma 10 dell'art. 83: la norma, infatti, disciplina in dettaglio le modalità di gestione del sistema, per l'attuazione del quale sarà necessaria l'emanazione di apposite linee guida da parte dell'ANAC, ma necessita di essere coordinata rispetto alle cause di esclusione in modo da evitare che un medesimo elemento possa essere preso a riferimento più di una volta per valutare l'offerta o il concorrente (24). La distinzione chiara tra *rating* di legalità e *rating* di impresa è che mentre il primo è obbligatorio e rileva in sede di qualificazione, il secondo è facoltativo, opera nel contesto del criterio di aggiudicazione (v. art. 95, comma 13) ed è rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'AGCM.

Per quanto riguarda i lavori, il Codice conferma l'utilizzabilità del sistema unico di qualificazione gestito dalle SOA (25), sotto il controllo ispettivo

(18) Come nel caso della pena accessoria alla incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione o le misure cautelari interdittive previste dall'art. 290 c.p.p.

(19) La tutela di tali settori è alla base della nuova disciplina comunitaria e nazionale, come emerge dal considerando 40 della Dir. 2014/24/UE; dal considerando 55 della Dir. 2014/25/UE e nel considerando 58 della Dir. 2014/23/UE, nonché da vari articoli del D.Lgs. n. 50/2016.

(20) Sull'incidenza dei requisiti in esame sulla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cfr. art. 95, comma 6, lett. e), D.Lgs. n. 50/2016, commentato, in questo numero, *supra*, da C. Lacava, *I criteri di aggiudicazione*.

(21) Nello specifico, il comma 4 stabilisce che le stazioni appaltanti possano richiedere: a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto; b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività; c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

(22) Al contrario, la previgente normativa contenuta negli artt. 41 e 42 del D.Lgs. n. 163/2006 elencava in dettaglio tutte le modalità che potevano essere scelte dalle stazioni appaltanti ai fini della dimostrazione dei requisiti speciali.

(23) Sul punto, non si può non evidenziare che la norma sembra limitarsi a riportare quanto previsto nell'art. 58 della Dir. 2014/24/UE, in perfetto ossequio al principio del *gold plating*. Tuttavia, tale principio pare, poi, dimenticato nell'introduzione del *rating* di impresa e del relativo sistema di gestione, istituito sconosciuto alla normativa comunitaria e la cui utilità non appare ben motivata dal legislatore per la tutela dell'interesse pubblico né sembra essere il risultato di consultazioni sul punto con le Amministrazioni e gli operatori economici.

(24) Si veda documento di consultazione ANAC, "*Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*".

(25) L'attuale sistema di qualificazione è quello che emerge dall'art. 12 del D.L. n. 47/2014, convertito con modificazioni dalla L. n. 80/2014 (ad oggi vigente in assenza dell'emanazione delle disposizioni regolamentari sostitutive previste dal comma 5 della medesima disposizione). Tale normativa si è re-

dell'ANAC, che sarà tuttavia operativo solo a seguito dell'introduzione della normativa secondaria adottata dalla medesima Autorità (26). L'art. 84, tuttavia, prevede che per le gare di importo particolarmente elevato le Amministrazioni possano richiedere requisiti aggiuntivi, rispetto alla qualificazione, finalizzati alla verifica della capacità economico-finanziaria e professionale (nel caso in cui venga richiesta la classifica illimitata).

I motivi di esclusione ed i criteri di selezione sinora illustrati, validi per i settori ordinari, possono essere discrezionalmente applicati anche nei settori speciali, secondo quanto previsto dall'art. 136 del Codice.

L'avvalimento

Ai fini della dimostrazione dei predetti requisiti speciali, come noto, gli operatori economici posso-

no far ricorso all'istituto dell'avvalimento (27), il quale trova la sua compiuta disciplina nell'art. 89 (28).

Quest'ultima se, da un lato, positivizza alcuni principi elaborati nel corso del tempo dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale (29), dall'altro contiene una serie di novità destinate, probabilmente, a modificare l'essenza stessa dell'istituto in parola.

Il co. 1 dell'art. 89 sembra ampliare l'ambito di applicazione dell'avvalimento: il rinvio generale al contenuto dell'art. 84 in tema di possesso dei requisiti di qualificazione sembra far propendere, infatti, per l'ammissibilità dell'avvalimento anche in relazione alla certificazione di qualità (30), mentre il riferimento espresso ai titoli di studio e professionali risolve in senso ampliativo i dubbi interpretativi sorti nel tempo sulla facoltà dell'operatore eco-

sa necessaria a seguito dell'annullamento degli artt. 107, comma 2, 109, comma 2, e 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3, d.P.R. n. 207/2010 ad opera del d.P.R. 30 ottobre 2013, su parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 3014/2013 (emesso, come noto, su ricorso presentato al Presidente della Repubblica da parte dell'AGI - Associazione Imprese Generali).

(26) Sul punto, la legge delega richiedeva la "revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, inoltre, misure di premialità, regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'ANAC con propria determinazione e connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità".

(27) Per una disamina generale dell'istituto vedasi, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251, Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2009, n. 1589, Cons. Stato, Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742 nonché Determina AVCP n. 2/2012, Parere ANAC di Precontenzioso 2 settembre 2014, n. 36 e, da ultimo, Corte di Giustizia UE 7 aprile 2016, causa C-324/2014.

(28) Affinché la disciplina dell'avvalimento possa considerarsi completa, occorrerà attendere che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sentito il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, adotti il decreto di cui al comma 11, con il quale verrà determinato l'elenco delle opere, il cui valore superi il 10% dell'importo totale dell'appalto, "per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali", per le quali l'avvalimento è precluso. Il predetto decreto dovrà essere adottato, specifica la disposizione in parola, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 (e dunque entro il prossimo 18 luglio) e dovrà altresì definire "i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati". Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto troverà applicazione l'art. 216, comma 15 del Nuovo Codice, il quale a sua volta rinvia espressamente al contenuto dell'art. 12 del D.L. 28 marzo

2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 maggio 2014, n. 80 in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici. A completamento della disciplina appena descritta, si evidenzia che l'art. 146 del Nuovo Codice stabilisce che per i contratti pubblici concernenti i beni culturali, non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento, in ragione della specificità del settore, conformemente alla disciplina contenuta nell'art. 36 del TFUE.

(29) In tale contesto occorre ricordare che molte delle questioni dibattute attinenti l'istituto in esame sono state sottoposte al vaglio dell'Adunanza Plenaria con l'ordinanza di rimesione n. 52, adottata dal CGA il 19 febbraio 2016. In particolare, i Giudici siciliani hanno chiesto ai Giudici di Palazzo Spada di chiarire se (i) l'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010 - nel richiedere che il contratto deve riportare in modo compiuto l'oggetto, indicando le risorse e i mezzi prestati in modo specifico, riguarda solo la determinazione dell'oggetto del contratto oppure, oltre all'oggetto, riguarda anche il c.d. requisito della forma-contenuto, se (ii) nell'ipotesi di categorie che richiedono particolari requisiti questi ultimi debbano essere indicati in modo esplicito nel contratto di avvalimento oppure possano essere desunti dall'interpretazione complessiva del contratto stesso e, infine, se (iii) l'istituto del soccorso istruttorio possa essere utilizzato anche con riferimento ad incompletezze del contratto di avvalimento le quali, sotto un profilo civilistico, portano ad affermare la nullità del negozio per mancanza di determinatezza del suo oggetto.

(30) La legge delega raccomandava al legislatore particolare attenzione alla disciplina da emanare in tema di certificazioni di qualità e ai certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale, mentre ribadiva espressamente l'inammissibilità del ricorso all'avvalimento relativamente al possesso dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per l'esecuzione della prestazione chiesta dalla pubblica amministrazione. Il Consiglio di Stato, in sede di parere, aveva tuttavia fornito un orientamento diverso, evidenziando che "l'avvalimento non può avere ad oggetto la qualificazione". Sulla specifica questione circa il ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità, si è espressa in senso negativo l'ANAC, con la Det. 1° agosto 2012, n. 2. Sul punto, il Consiglio di Stato offre, invece, una soluzione opposta a quella fornita dall'Autorità anticorruzione come emerge da Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, nonché Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 2014, n. 3949, Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368 e Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125.

nomico di ricorrere all'istituto in parola in relazione a tali requisiti (31).

Una delle condizioni che la norma in esame detta in ordine all'avvalimento dei titoli di studio e professionali, è che i soggetti ausiliari debbano eseguire direttamente i lavori o i servizi oggetto di avvalimento. Tale disposizione pone, ad una prima lettura, non pochi problemi, atteso che non è ben chiaro quale sia, ad oggi, il ruolo operativo svolto dal concorrente se la prestazione deve essere necessariamente svolta in via diretta dall'ausiliaria. Non appare, inoltre, chiara la compatibilità tra la statuizione in parola e il successivo comma 8 dello stesso art. 89, laddove si stabilisce che l'ausiliario può assumere il ruolo di subappaltatore (*"nei limiti dei requisiti prestati"*). Dalla lettura delle due disposizioni emerge che, mentre nel caso di avvalimento dei titoli di studio e professionali vi è un vero e proprio obbligo di far eseguire la prestazione al soggetto ausiliario, senza tuttavia che quest'ultimo assuma formalmente la veste di subappaltatore, nell'avvalimento in ipotesi diverse l'esecuzione diretta dell'ausiliaria è facoltativa e viene ricondotta nel novero della casistica del subappalto. Inoltre, è opportuno evidenziare che mentre il comma 8 stabilisce che il certificato di esecuzione venga rilasciato *"all'impresa che partecipa alla gara"* il comma 1, in tema di avvalimento di titoli professionali e di studio nulla chiarisce sul punto, dovendosi dunque ritenere applicabile la medesima regola.

In ordine al meccanismo di verifica e controllo dei requisiti di cui all'art. 80, risulta necessaria una lettura congiunta dei commi 1 e 3. Al comma 1 si stabilisce che, nel caso di dichiarazioni mendaci, la stazione appaltante, oltre a segnalare la vicenda ad ANAC, escute la garanzia ed esclude il concorrente dalla procedura. Al comma 3 si consente al concorrente di sostituire l'ausiliario che non soddisfa i criteri di selezione o per il quale sussiste una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80. Sembrerebbe, dunque, emergere una limitazione dell'ambito di operatività del comma 3 alle sole ipotesi in cui sussistono cause di esclusione diverse dalle dichiarazioni mendaci (32).

Inoltre, desta perplessità la distinzione di cui al comma 3 tra motivi obbligatori e non obbligatori di esclusione: si tratta, infatti, di una distinzione propria delle direttive comunitarie che non ha, tuttavia, trovato ingresso nell'ordinamento nazionale.

Infine, tra le novità introdotte dal D.Lgs. n. 50/2016 in tema, occorre annoverare il rafforzamento, in sede di esecuzione del contratto di appalto, degli strumenti cui può ricorrere la stazione appaltante per verificare l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento. Il comma 9 dell'art. 89 stabilisce, in particolare, che è il RUP a dover accertare il corretto utilizzo, in corso d'opera, dell'istituto in parola.

Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici *di Elisa D'Alterio*

Il nuovo Codice dei contratti pubblici assegna all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) un ruolo centrale, riconoscendo in capo alla stessa poteri di regolazione, vigilanza, sanzionatori, quasi-giudiziari. Il successo della nuova disciplina dei contratti pubblici dipenderà, quindi, molto dal modo in cui l'Autorità eserciterà questi poteri e saprà mettere a frutto l'eccezionale regime che la caratterizza e che la rende, nell'attuale panorama italiano, una istituzione "unica nel suo genere".

(31) Sul punto gli orientamenti giurisprudenziali si attestavano su posizioni non sempre univoche. Il Cons. Stato, Sez. V, con la sent. 8 ottobre 2011, n. 5496 ha evidenziato la portata generale dell'istituto in parola, chiarendo come "in ogni caso, ed a prescindere da espressa disposizione del bando", alle imprese che intendono concorrere ad una gara di appalto e sono carenti dei requisiti, è consentito di soddisfare tali requisiti con l'ausilio dell'avvalimento. Più recentemente, tuttavia, il Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3698, ha evidenziato come tali requisiti siano infungibili in quanto ascrivibili alla sfera della professionalità soggettiva del concorrente, con la conseguen-

za che essi non sono suscettibili di avvalimento. Tale ultima opinione era stata fatta propria anche dall'AVCP (ora ANAC), la quale, con la già citata Det. n. 2/2012 ha ritenuto che i requisiti in parola configurino uno "status" dell'imprenditore (e non dell'impresa) e non possano, quindi, essere oggetto di avvalimento.

(32) La IV Sez. del Cons. Stato 15 aprile 2016, n. 1522, ord., ha rimesso alla Corte di Giustizia proprio tale questione - benché riferita per ovvie ragioni al previgente quadro normativo - relativa alla possibile sostituzione dell'impresa ausiliaria che abbia perso i requisiti.

Premessa

Il nuovo Codice stabilisce che le attività di regolazione, vigilanza e controllo sui contratti pubblici sono attribuiti all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) "che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione" (comma 1, art. 213) (1).

Nell'Anac si sommano, dunque, due missioni centrali: vigilare il settore dei contratti pubblici; prevenire e contrastare l'illegalità nelle pubbliche amministrazioni. Tuttavia, la prima missione è strumentale alla seconda: la vigilanza sui contratti pubblici, infatti, non è fine a sé stessa, ma è ("anche") funzionale al perseguimento di finalità di c.d. "anticorruzione" (2). Questa è, nel complesso, una delle principali novità del Codice (3).

La presente analisi è volta a evidenziare come il collegamento della materia dei contratti pubblici con quella dell'anticorruzione influenzi fortemente questa nuova disciplina. Tale influenza è visibile non soltanto nella concentrazione in capo a una medesima autorità delle predette missioni, ma soprattutto nell'attribuzione alla stessa di funzioni molto eterogenee e, complessivamente, più ampie di quelle assegnate alla precedente Avcp. Questo, a sua volta, si riflette nella particolare configurazione assunta dall'Anac alla luce del Codice, che la rende un modello di autorità probabilmente "unico" nell'ordinamento italiano.

Analisi delle attività

Un aspetto che immediatamente colpisce l'attenzione del lettore impegnato nell'analisi del Codice è il numero di volte in cui l'Anac compare nell'intero testo (oltre una novantina) (4). In questo sen-

so, l'Anac è presente quasi in ogni parte della nuova disciplina dei contratti pubblici. Nell'esteso numero di riferimenti vi rientra, in particolare, l'art. 213, che riporta un elenco generale dei poteri e compiti dell'Autorità, da integrare con le altre disposizioni del Codice che stabiliscono ulteriori poteri più specifici. Sulla base di una lettura sistematica di tali norme, è possibile ordinare poteri e compiti dell'Anac in almeno quattro categorie di attività (indirizzo e regolazione; vigilanza e controllo; segnalazione e punizione; gestione del contenzioso).

Le attività di indirizzo e regolazione

La prima serie di attività (art. 213, commi 2 e 3) corrisponde all'adozione di linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti definiti di "regolazione flessibile", al fine di garantire la promozione dell'efficienza, lo sviluppo della qualità e il supporto all'attività delle stazioni appaltanti, anche facilitando lo scambio di informazioni e una maggiore omogeneità dei procedimenti amministrativi (5). Inoltre, l'Autorità è chiamata a formulare al governo proposte di eventuali modifiche alla normativa vigente in materia di contratti pubblici (6). Queste attività corrispondono, dunque, a una generale funzione di indirizzo e regolazione, sottoposta a precisi limiti di pubblicità (innanzitutto legale), di semplificazione e di c.d. "gold plating" (7).

Tra gli atti di regolazione sopra menzionati, l'Autorità trasmette alle Camere quelli ritenuti maggiormente rilevanti in termini di "impatto", valutato in base all'ampiezza del numero degli operatori a cui l'atto è destinato e in base alla riconducibilità dell'atto stesso a fattispecie criminose, situazioni

(1) Tali funzioni erano state già trasferite all'Anac con l'art. 19, commi 1 e 2, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in L. 11 agosto 2014, n. 114, che ha stabilito la contestuale soppressione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Avcp). Si v. anche l'art. 8 della l. 27 maggio 2015, n. 69, che ha aggiunto la lett. *f bis* al comma 2 dell'art. 1 della L. 6 novembre 2012, n. 190.

(2) Sul punto, si ricorda l'art. 1, comma 1, lett. q) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, che collega l'armonizzazione della disciplina ai fini "di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d'interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione".

(3) Si noti che le direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non stabiliscono l'istituzione di una autorità di vigilanza *ad hoc*.

(4) Nell'art. 213, il riferimento all'Anac è stato contato una volta sola.

(5) Recentemente, sono state, ad esempio, adottate le *Li-*

nee guida attuative del nuovo codice degli appalti e delle concessioni (sottoposte a consultazione pubblica a maggio 2016), insieme ad altri simili atti di indirizzo.

(6) Si v. anche i poteri di indirizzo previsti da altri articoli del Codice: il comma 5 dell'art. 31 in materia di responsabile unico del procedimento (rup); il comma 7 dell'art. 36 in materia di contratti sotto-soglia; l'art. 71 in materia di bandi di gara; il comma 13 dell'art. 80 in materia di motivi di esclusione; il comma 2 dell'art. 83 in materia di criteri di selezione dei concorrenti; il comma 2 dell'art. 84 sui livelli standard dei controlli delle Soa; il comma 3 dell'art. 177 in materia di affidamenti dei concessionari; il comma 4 dell'art. 181 in materia di partenariato pubblico e privato; il comma 4 dell'art. 197 in materia di contraente generale. Infine, va precisato che nei casi in cui il Codice affida ad altri soggetti l'emanazione di indirizzi, è previsto generalmente il parere dell'Anac.

(7) Al comma 17 è stabilito che l'Anac pubblica i suddetti provvedimenti.

anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Inoltre, gli atti di regolazione adottati dall'Autorità sono impugnabili innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

Con riferimento a queste due ultime previsioni, va innanzitutto notato che la norma non precisa le ragioni per le quali tali atti debbano essere trasmessi al Parlamento. Probabilmente, la comunicazione può essere un modo attraverso il quale consentire al Parlamento una forma di controllo sull'attività di regolazione dell'Anac nei casi in cui questa produca effetti rilevanti (cc.dd. impatti) e riguardi la disciplina di illeciti (anche penali). Tuttavia, la norma è eccessivamente generica e l'eventuale (e molto improbabile) controllo del Parlamento avverrebbe soltanto a posteriori (gli atti sono trasmessi immediatamente dopo l'adozione). In secondo luogo, l'impugnabilità dei summenzionati atti desta perplessità sulla loro natura (8), perché lascia intendere che, sebbene qualificati come atti di regolazione flessibile, è possibile che i loro contenuti incidano direttamente sugli interessi dei singoli. La conclusione è, dunque, che non solo potranno essere adottati atti potenzialmente afflittivi (al di fuori del circuito parlamentare) ma gli stessi potranno produrre effetti nei confronti di specifici soggetti, a prescindere dal *nomen iuris* che li caratterizza.

Le attività di vigilanza e controllo

Un secondo gruppo di attività riguarda la generale funzione di vigilanza (comma 3, art. 213). L'Autorità vigila sui contratti pubblici nei settori sia ordinari, sia speciali, sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza e sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice (lett. a). Vigila, inoltre, affinché sia garantita "l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario" (lett. b). Svolge attività di vigilanza anche sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori e sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse da quelle ordinarie, svolgendo controlli specifici sulla corretta applicazione della disciplina derogatoria per "i casi di somma urgenza e di protezione civile (...)" (lett. g).

Inoltre, per gli affidamenti di particolare interesse, l'Autorità svolge una attività di c.d. "vigilanza collaborativa", sulla base di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, "finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara" (lett. h). L'Autorità può svolgere, però, anche controlli più severi, potendo disporre ispezioni, avvalendosi di altri organi dello Stato (si pensi, specialmente, agli ispettori di finanza pubblica della Ragioneria generale dello Stato, già chiamati, in base a una convenzione siglata tra l'Anac e il Ministero dell'economia e delle finanze, a svolgere controlli sull'applicazione delle misure anticorruzione) e, in particolare, della Guardia di finanza (comma 5, art. 213) (9).

Le attività di vigilanza includono, dunque, monitoraggio, controlli tecnici di regolarità economico-contabile, controlli qualitativi, controlli cc.dd. collaborativi, controlli ispettivi. Per il loro espletamento, l'Autorità può avvalersi di varie misure. Alcune di queste sono: la "Banca dati nazionale dei contratti pubblici" (che il comma 8, art. 213, collega, in verità, alla funzione di regolazione); l'"Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (composto da una sezione centrale e da sezioni regionali aventi sede presso le regioni e le province autonome - comma 9, art. 213); il "Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" (contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici - comma 10, art. 213).

Alle attività di vigilanza si collegano, poi, le più specifiche attività di tenuta e gestione di albi ed elenchi, ai fini del controllo sui soggetti che operano nel settore dei contratti pubblici e sul possesso, da parte degli stessi, dei requisiti indicati dalla legge. L'Autorità gestisce, ad esempio, l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza (art. 38), l'"Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici" (art. 78), l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di società *in house* (art. 192), l'elenco dei soggetti aggregatori nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti (commi 15-16, art. 213) (10). L'Autorità svolge, inoltre, rico-

(8) Su tali perplessità, si cfr. *supra* il contributo di M.P. Chiti, in questo numero della *Rivista*.

(9) Si v. anche il comma 6 dell'art. 84, ove è previsto il potere dell'Anac di svolgere ispezioni, senza preavviso, sui sistemi di qualificazione gestiti dalle Soa. Altre attività di controllo so-

no quelle ai sensi dell'ultimo co. dell'art. 163 in materia di "procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile".

(10) L'Anagrafe, già operativa presso l'Avcp, è stata istituita con l'art. 33 *ter*, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in L. 17 dicembre 2012, n. 221.

gnizioni sui requisiti degli esecutori di lavori pubblici, iscritti al c.d. "Sistema unico" (comma 3, art. 84) (11).

Va notato che vigilanza e controlli possono essere funzionali anche all'attribuzione di punteggi rilevanti per il *rating* e all'assegnazione di premi. Ad esempio, il comma 7 dell'art. 213 prevede che l'Anac collabora con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato per la rilevazione di comportamenti aziendali che possano essere valutati al fine dell'attribuzione del "rating di legalità" delle imprese (12), che a sua volta si collega al c.d. "rating di impresa" introdotto dal comma 10 dell'art. 83 del Codice, nell'ambito della disciplina dei criteri di selezione dei concorrenti. Il "rating di impresa" è gestito dall'Anac e corrisponde a un sistema di certificazione, a cui si collegano premialità e penalità, in base a determinati criteri definiti dall'Autorità stessa. La certificazione assicura una selezione preliminare dei concorrenti (sulla base, soprattutto, di requisiti reputazionali), che precede la selezione interna alla gara.

Sistemi premianti conseguono anche all'esito positivo dei controlli che l'Anac deve svolgere, ai sensi dell'art. 38 del Codice, sulla sussistenza dei cc.dd. requisiti premianti delle stazioni appaltanti (in particolare, sull'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità, sulla presenza di sistemi di gestione della qualità, sulla disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara, sul livello di soccombenza nel contenzioso, sull'applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento). A tal riguardo, è persino previsto che una quota di questa premialità debba essere destinata, da parte dell'amministrazione di appartenenza della stazione appaltante premiata, al fondo per la remunerazione del risultato dei dirigenti e dei dipendenti appartenenti alle unità organizzative competenti per i procedimenti contrattuali, tenendo conto dei risultati della "valutazione della performance organizzativa e gestionale dei dipendenti interessati" (art. 38, comma 9) (13). Si tratta, a ben vedere, di un modo in cui l'Anac potrà influenzare, sebbene indirettamente e

solo parzialmente, una possibile porzione dei fondi per il trattamento accessorio nelle amministrazioni.

Le attività di segnalazione e sanzionatorie

Un terzo gruppo di attività corrisponde alle attività di segnalazione e a quelle sanzionatorie. Ad esempio, l'Autorità segnala al governo e al Parlamento "fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore" (comma 3, lett. c, art. 213). Inoltre, in caso di irregolarità (incluse quelle di rilevanza penale), l'Anac trasmette i propri rilievi agli organi di controllo, alle competenti procure della Repubblica, nonché alla procura generale della Corte dei conti qualora accerti che dalla esecuzione dei contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario.

Tra i poteri più incisivi, tuttavia, vi è quello di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei "soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti", nonché "nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento". L'Autorità può irrogare sanzioni pecuniarie anche nei confronti dei soggetti che forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione (comma 13, art. 213) (14). Il potere sanzionatorio si estende, altresì, nei confronti del soggetto che ometta, senza giustificato motivo, di fornire informazioni richieste ovvero fornisce informazioni non veritiere, nell'ambito della gestione dell'Osservatorio sui contratti pubblici (comma 9, art. 213).

Poteri sanzionatori ulteriori sono, poi, attribuiti all'Anac nell'ambito di altre disposizioni del Codice: ad esempio, nei casi di inosservanza delle linee guida sul sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (comma 10, art. 84); nel-

(11) All'Autorità devono essere, altresì, trasmesse le dichiarazioni di avalimento con indicazione dell'aggiudicatario "per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità" (art. 89, comma 9).

(12) Introdotto dall'art. 5 *ter*, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in L. 24 marzo 2012, n. 27.

(13) Si v. anche l'art. 81, comma 3: costituisce "oggetto di valutazione della performance il rifiuto, ovvero l'omessa effet-

tuazione di quanto necessario a garantire l'interoperabilità delle banche dati (...). A tal fine, l'Anac, debitamente informata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, effettua le dovute segnalazioni all'organo di vertice dell'amministrazione o organismo pubblico".

(14) Gli importi delle sanzioni sono destinati al fondo per la premialità delle stazioni appaltanti (comma 14), in rapporto a quanto stabilito dall'art. 38 del Codice.

la fase di esecuzione dei contratti, in caso di tardata o mancata comunicazione di varianti in corso d'opera o di altre forme di modifica del contratto (comma 8, art. 106); nei casi di illegittima approvazione delle varianti d'opera (comma 14, art. 106); in caso di mancata comunicazione di alcune informazioni nelle ipotesi di sospensione dell'esecuzione del contratto (comma 4, art. 107) (15).

Una particolare specie di potere sanzionatorio è quella prevista dal comma 2 dell'art. 211. Sulla base di questa norma, qualora l'Autorità riscontri un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara, "raccomanda" alla stazione appaltante di agire in autotutela e rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione (vincolante e impugnabile) è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria, in aggiunta agli effetti negativi che si producono sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti.

A tal riguardo, colpiscono la natura vincolante della raccomandazione (non è quasi un ossimoro?) e la sua somiglianza a un vero e proprio ordine (il che, a sua volta, stride con la logica dell'autotutela). Peraltro, in caso di inosservanza della raccomandazione, è prevista l'irrogazione di una sanzione pecuniaria (oltre agli effetti reputazionali). In altri termini, questo potere di impulso dell'Anac funziona più come un (ulteriore) "bastone" che come un "pungolo".

Le attività di gestione del contenzioso

Un'ultima tipologia di attività riguarda la gestione del contenzioso. A tal fine, all'interno dell'Anac, opera una apposita Camera arbitrale, con un presidente e un consiglio arbitrale (art. 210). Consiglio e presidente sono nominati dall'Anac, che mette altresì a disposizione una struttura di segreteria. La Camera cura la formazione e la tenuta del c.d. "Albo degli arbitri per i contratti pubblici", redige il codice deontologico degli arbitri camerali e gestisce gli adempimenti relativi alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale. Tale organo, pertanto, svolge le attività amministrative funzio-

nali alla gestione del contenzioso in materia di contratti pubblici, non essendo però direttamente chiamato a dirimere le controversie.

L'art. 211, comma 1, invece, prevede che l'Autorità possa emettere pareri di precontenzioso. La norma stabilisce che, su richiesta della stazione appaltante o delle altre parti, l'Anac esprime parere su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere è obbligatorio e vincolante: esso "obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito"; come "contropartita", il parere è, comunque, impugnabile innanzi al giudice amministrativo.

In quest'ultimo caso, dunque, l'attività dell'Autorità corrisponde a un potere quasi-giudiziario, potendosi esprimere sul merito della controversia ed esercitando, in questo modo, un vero potere decisionale.

Conclusioni: molto più di un'autorità di vigilanza sui contratti pubblici

Negli ultimi anni, l'impatto negativo di alcune note vicende di cronaca, collegate alla cattiva gestione di grandi eventi e opere pubbliche, ha contribuito alla tendenza di prevedere in materia di contratti pubblici un numero crescente di poteri e misure con il fine dell'anticorruzione. Precedentemente, invece, la materia era dominata da un differente approccio: sebbene fossero già riconosciuti all'Avcp poteri ispettivi e persino sanzionatori (si v. spec. l'art. 6, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), la funzione di vigilanza era finalizzata soprattutto al riscontro di irregolarità amministrative, non vi erano riferimenti espliciti all'anticorruzione, era previsto uno specifico fine di tutela delle piccole e medie imprese a garanzia della libera concorrenza. In generale, i poteri dell'Autorità erano più limitati: quello di regolazione era meno esteso; quello sanzionatorio riguardava un minor numero di ipotesi e soggiaceva a un limite collegato al valore del contratto; quello di decisione sul precontenzioso non aveva effetti vincolanti (16).

(15) L'Anac ha anche altri poteri di intervento, che incidono sui singoli: si v. ad esempio il comma 5, art. 110, in materia di affidamenti in presenza di procedure fallimentari.

(16) Sull'Avcp esistono numerose opere (che non possono essere qui riportate in modo esaustivo). Si rinvia a R. Caranta, *I contratti pubblici*, II ed., Torino, 2012, 522 ss. e a R. Villata - M. Bertolissi - V. Domenichelli - G. Sala (a cura di), *I Contratti*

pubblici di lavori, servizi e forniture, I, Padova, 2014, spec. 43 ss., per un'ampia bibliografia sul punto e, più recentemente, a F. Saitta (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Padova, 2016, *passim*. Sull'attività di gestione del contenzioso, si cfr. S. Gallo (a cura di), *Il precontenzioso e l'attività paragiurisdizionale dell'AVCP*, Rimini, 2014 (spec. 61 ss. sulla natura non vincolante del parere).

Tuttavia, nella prassi, questo approccio non ha prodotto i risultati attesi. Le funzioni di regolazione e precontenzioso dell'Avcp non sarebbero, infatti, "assurte agli 'onori della cronaca'" e il loro esercizio, a partire dalla vigilanza, avrebbe risentito di "qualche tentennamento" e di una complessiva "paralisi del sistema" (17). Per queste ragioni, si è formata, nel tempo, una certa insoddisfazione verso l'operato dell'Autorità, da cui è derivata l'esigenza di rivederne il funzionamento.

È possibile, dunque, ritenere che l'eterogeneo elenco di funzioni attribuite all'Anac dal Codice sia il risultato di un eccezionale combinato tra: i) l'esigenza di innovare l'autorità di vigilanza del settore, non potendo però eliminare compiti e risorse preesistenti; ii) la volontà di rafforzare controlli, interventi e sanzioni in una materia dominata da una diffusa *mala gestio*; iii) il forte sviluppo della disciplina dell'anticorruzione e della trasparenza, a sua volta caratterizzata dalla previsione di misure, controlli e sanzioni. Questo spiega perché in una stessa (e originariamente piccola) istituzione vi siano stati l'inclusione di un organismo di oltre trecento unità, l'assorbimento di differenti ambiti (contratti pubblici - anticorruzione), lo sviluppo di un eterogeneo complesso di poteri.

Tuttavia, bisogna riflettere se questo "cocktail" di funzioni non rischi di essere esplosivo o, al contrario, rappresenti un efficace antidoto.

Sulla base della nuova disciplina dei contratti pubblici, l'Anac regola, vigila, punisce, giudica. Probabilmente, nel panorama delle istituzioni pubbliche, rappresenta più un caso unico che raro. La concentrazione di funzioni è, in realtà, un dato ricorrente in altre autorità indipendenti, ma è anche un aspetto, da sempre, molto criticato (18). Nel caso dell'Anac, però, emerge un profilo peculiare: l'Anac regola, vigila, punisce, giudica, innanzitutto, le pubbliche amministrazioni. Al contrario, i poteri delle al-

tre autorità indipendenti riguardano solo indirettamente soggetti pubblici: si pensi alle autorità di regolazione e vigilanza dei settori c.d. liberalizzati (mercati, comunicazioni, energia, trasporti), le cui funzioni di regolazione, vigilanza, sanzione, gestione del contenzioso riguardano, primariamente, operatori privati; oppure si pensi alle autorità poste a tutela di diritti fondamentali (*privacy*, infanzia e adolescenza, diritto allo sciopero), anch'esse titolari di funzioni principalmente rivolte a individui.

Questa peculiarità non è di poco conto, perché l'oggetto di tutte le funzioni dell'Anac riguarda direttamente l'uso delle risorse pubbliche. A tal riguardo, vale la pena ricordare che la funzione di controllo sull'uso delle risorse pubbliche dovrebbe, in via generale, rispettare alcuni principi essenziali per potere funzionare bene e, più precisamente, per consentire l'azione di quei "pesi e contrappesi" volti a garantire il corretto equilibrio tra i poteri pubblici (19).

Un principio è, ad esempio, quello per cui chi controlla l'uso delle risorse pubbliche non dovrebbe avere il potere di limitare la discrezionalità del controllato, che utilizza le risorse; chi controlla, infatti, non dovrebbe indirizzare e regolare l'oggetto del controllo (20). Peraltro, l'attività di regolazione dell'Anac è "flessibile" soltanto nel *nomen iuris*, potendo avere natura afflittiva e incidere direttamente sui singoli (21). Altro principio è quello per cui il controllore non dovrebbe accertare le responsabilità ed emettere sanzioni pecuniarie: il controllore deve fornire dati utili per l'eventuale attivazione delle procedure di accertamento delle responsabilità patrimoniali, ma lo stesso non può direttamente occuparsi di un siffatto accertamento e condannare il controllato al pagamento di sanzioni (22). A maggior ragione, chi è titolare della funzione di controllo sull'uso delle risorse pubbliche non dovrebbe pro-

(17) R. Cantone - F. Merloni (a cura di), *La nuova autorità anticorruzione*, Torino, 2015, 180.

(18) Per una analisi generale, si ricorda, tra le moltissime opere sul tema, F.G. Scoca, *Le amministrazioni indipendenti*, in L. Mazarolli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, III ed., 598.

(19) La funzione di controllo sull'uso delle risorse pubbliche dovrebbe funzionare da "stabilizzatore" del sistema giuridico: in altri termini, negli ordinamenti democratici, il controllo sulle risorse pubbliche dovrebbe agire come un contro-potere, garantendo l'equilibrio dei rapporti tra Parlamento e governo e tra governo e amministrazione. Per approfondimenti, si consenta di rinviare a E. D'Alterio, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, 2015, 435 ss.

(20) Si tratta del principio di separazione tra funzione di controllo e c.d. "amministrazione attiva", ribadito in tutti i prin-

cipali studi amministrativi in materia di controlli, a partire dalla nota opera di U. Forti, *I controlli sull'amministrazione comunale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, II, parte 2, Milano, 1915, 607 ss.

(21) Si v. *supra*. Secondo M.P. Chiti (in questo numero della *Rivista*), il potere di regolazione dell'Anac corrisponde a un vero e proprio potere normativo, da cui discendono restrizioni e sanzioni, in assenza di precise condizioni e limiti; queste previsioni tenderebbero a minare la certezza del diritto e la giustizia dei diritti e degli interessi.

(22) Si cfr. la sent. n. 39 del 2014 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del D.L. 10 ottobre 2012, n. 174, conv. in L. 7 dicembre 2012, n. 213, che prevedevano effetti "sanzionatori" derivanti direttamente dall'esercizio dei controlli della Corte dei conti in materia di equilibri economico-finanziari delle regioni.

nunciarsi sul contenzioso che può formarsi in relazione all'oggetto del suo controllo (23).

Tuttavia, il sistema italiano, con particolare riferimento alla materia dei controlli, è un ordinamento caratterizzato da eccessi. Da una parte, vi è, infatti, l'esempio dell'Anac, dall'altra, vi sono invece differenti categorie di soggetti, egualmente impegnati nel controllo sull'uso delle risorse pubbliche, a cui la legge attribuisce, al contrario, facoltà eccessivamente limitate. Si pensi, ad esempio, ai vincoli a cui sono sottoposti i controlli dei Servizi ispettivi di finanza pubblica della Ragioneria generale dello Stato (svolti, peraltro, da un organico di appena cento unità su tutto il territorio nazionale) (24) o alle scarse garanzie di indipendenza degli Organismi di valutazione (trattati con "indifferenza istituzionale") (25) o alla natura di mero parere della maggior parte degli atti adottati dai revisori dei conti/collegi sindacali, peraltro sottoposti a pesanti responsabilità (26).

Tra i due eccessi, la soluzione andrebbe trovata nel mezzo. A tale fine, sarebbe necessario un più generale intervento sull'intera disciplina dei controlli nel settore pubblico, razionalizzando e coordinando le numerose norme, rivedendo facoltà e risorse a disposizione dei principali controllori, assicurando un collegamento più diretto tra i risultati del controllo e la produzione di effetti (sempre con garanzia della separazione tra la funzione di controllo e quella di "persecuzione"). In questa prospettiva, più che la realizzazione di una nuova versione del codice dei contratti pubblici, sarebbe stata maggiormente necessaria l'adozione di un "codice dei controlli sulle risorse pubbliche", di cui l'ordinamento italiano è tuttora privo. Le riforme, più e meno recenti, in materia di pubblica amministrazione hanno soltanto girato intorno a questo problema. I tempi per un tale impegno politico e legislativo sono ancora di là da venire.

L'incerto ingresso del *dibattito pubblico* in Italia di *Andrea Averardi*

L'art. 22 del D.Lgs. n. 50 del 2016 introduce, per la prima volta su scala nazionale, il dibattito pubblico "à la française" sulle grandi opere infrastrutturali. Dietro la formalizzazione di questo strumento di dialogo tra amministrazione, imprese e cittadini si intravede, finalmente, il tentativo di costruire un legame procedurale tra decisori e privati che possa ridurre i ricorrenti casi di opposizione alla costruzione di opere sgradite alle comunità locali. La disciplina prevista dal legislatore appare tuttavia troppo cauta e, soprattutto, ancora incompleta. Diversi sono quindi i profili critici che si accompagnano all'atteso ingresso del dibattito pubblico in Italia.

(23) Si ricorda la nota sent. n. 29 del 1995 della Corte costituzionale ("i rapporti tra attività giurisdizionale e controllo sulla gestione debbono arrestarsi a questo punto, perché altrimenti si vanificherebbero gli inviolabili "diritti della difesa", garantiti a tutti i cittadini in ogni giudizio dall'art. 24 della Costituzione, ove le notizie o i dati acquisiti nello svolgimento del controllo sulla gestione potessero essere utilizzati anche in sede processuale"). Questa è la ragione per la quale esiste una rigorosa separazione tra sezioni di controllo e procure/sezioni giurisdizionali della Corte dei conti. Nel caso dell'Anac, l'emissione del parere di precontenzioso dipende, comunque, da una apposita richiesta delle parti; tuttavia, lo stesso ha natura vincolante.

(24) Si v. gli artt. 23 e 24 del D.Lgs. 30 giugno 2011, n. 123, dove si fa riferimento, oltre a generiche finalità di "riconduzione a economicità e regolarità" nonché di "suggerimento" da parte dell'attività ispettiva, all'obbligo per gli ispettori di comunicare le "criticità" riscontrate "ai soggetti sottoposti a verifica ed alle amministrazioni vigilanti, ai fini dell'adozione delle op-

portune misure correttive", dovendo, oltretutto, consentire le relative controdeduzioni. Queste previsioni contraddicono sia il carattere successivo di questo controllo (che si svolge, infatti, quando ormai le risorse sono state utilizzate e non c'è più nulla da suggerire o correggere, se non per un futuro indeterminato), sia la sua natura extra-gerarchica (il destinatario finale della relazione ispettiva non dovrebbe essere l'amministrazione controllata ma il Parlamento e, se vi sono rilievi - non soltanto sull'emersione manifesta di danno erariale -, le procure della Corte dei conti). Sui limiti imposti all'attività dei Sifip, si v. anche la sent. n. 370 del 2010 della Corte costituzionale.

(25) Così, Corte dei conti, delibera n. 14/2012/G. In questo senso, può essere considerata anche la soppressione della Civit (sul punto, si consenta di rinviare a E. D'Alterio, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in questa *Rivista*, n. 6, 2015, 757 ss.).

(26) Si cfr. Corte dei conti, Sez. giurisd. Lombardia, 13 febbraio 2007, n. 109 (sulla indeterminatezza del perimetro dei controlli dei revisori e delle relative responsabilità).

Le ragioni del dibattito

A lungo invocato, il dibattito pubblico per la realizzazione di grandi opere è entrato ufficialmente nell'ordinamento italiano (1). L'istituto, ispirato, sin dalla sua denominazione, al *débat public* francese, costituisce il primo tentativo di formalizzare, su scala nazionale, una tecnica sofisticata di inclusione della voce dei cittadini nelle scelte infrastrutturali di interesse comune (2).

Nel contesto della programmazione delle infrastrutture e del governo del territorio, l'esperienza italiana di pratiche partecipative è stata, sino ad oggi, estremamente ridotta (3). Numerosi studi hanno tuttavia affrontato il problema di come sciogliere il "nodo del consenso" sulla realizzazione di opere di rilevante impatto sociale e ambientale (4), ponendo l'attenzione sul ruolo degli strumenti di partecipazione come potenziale veicolo per migliorare la qualità dei processi decisionali pubblici (5). Nell'analizzare l'introduzione del dibattito pubblico in Italia, vale perciò la pena muovere da quello che si è compreso sulla valenza e sui limiti del ricorso a dispositivi di confronto tra soggetti proponenti una grande opera pubblica, imprese e cittadini (6).

In primo luogo, gli esperimenti locali condotti in Italia e quelli portati avanti in altri ordinamenti hanno dimostrato che esiste un legame indissolubile tra *informazione* e *partecipazione*. L'interlocuzione con chi è potenzialmente toccato dalla costruzione di un'opera pubblica può infatti essere effettiva solo laddove le istituzioni, *a monte* della decisione da

assumere, attivino dei canali di comunicazione efficaci e trasparenti, che consentano agli interessati di poter concorrere consapevolmente all'elaborazione della scelta di interesse comune (7).

L'esperienza applicativa francese del *débat public* ha poi permesso di evidenziare che il coinvolgimento dei privati in *hard cases*, come quelli sulla localizzazione di infrastrutture invasive, necessità di un *setting* organizzativo ben strutturato, per almeno due ragioni (8). Primo, perché solo se l'oggetto del confronto è chiaro, e se il dibattito è condotto con imparzialità e linearità, è possibile irrobustire il rapporto di fiducia tra l'amministrazione e i cittadini, la cui fragilità concorre a far esplodere i conflitti sulla localizzazione di opere sgradite (9). Secondo, perché unicamente le garanzie offerte da una cornice procedurale solida possono ridurre i rischi che si accompagnano alla predisposizione di tecniche di inclusione dei cittadini nell'*iter* decisionale pubblico (10). Tra questi, vi è quello di aggravare oltre modo il procedimento, rimettendo costantemente in discussione le decisioni da assumere o persino quelle già prese. Ma anche quello di produrre una frammentazione della società, consentendo di incidere, su una scelta di interesse generale, a una platea ristretta di soggetti che potrebbe tentare di manipolare o sfruttare impropriamente l'occasione del confronto (11).

Quanto allo scopo della partecipazione, declinata tramite il dibattito pubblico, l'esperienza ha insegnato che essa, al più, assume un valore *informativo* e *collaborativo* e solo *indirettamente decisionale* (12). D'altronde, è inevitabile che la desiderabi-

(1) Il testo è contenuto nell'art. 22 del D.Lgs. n. 50/2016, rubricato "trasparenza nella partecipazione di portatori di interesse e dibattito pubblico".

(2) Sull'applicazione del modello del *débat public*, introdotto in Francia con la c.d. *loi Barnier* del 1995 e poi più volte riformato, tra i numerosi, C. Blatrix - L. Blondiaux - J.M. Fourniau - B.H. - D.R. Lefevre e M. Revel (a cura di), *Le débat public: une expérience française de démocratie participative*, Paris, 2007.

(3) I dibattiti pubblici previsti a livello regionale, in particolare in Toscana, Emilia-Romagna e Sardegna, oltre a riguardare opere non di interesse nazionale, e quindi meno controverse, sono rimasti sostanzialmente non attuati. L'unica rilevante eccezione alla chiusura verso ogni forma di dialogo con le popolazioni interessate dalla costruzione di un'opera pubblica è stata offerta dalla costruzione della c.d. Gronda di Ponente a Genova, in cui si è sperimentato un vero e proprio dibattito pubblico. Al riguardo, L. Bobbio, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Il caso dell'autostrada di Genova*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2010, 119 ss.

(4) Si veda, da ultimo, il lavoro curato da L. Torchia, *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016.

(5) Centrali, sul punto, gli studi di Sabino Cassese, tra i quali, S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss. e S. Cassese, *La partecipazione al procedimento ammini-*

strativo in Italia e fuori d'Italia, ovvero la democrazia amministrativa, in R. Balduzzi (a cura di), *Annuario DRSAD*, Milano, 2011, 212 ss.

(6) Sul tema sia consentito il richiamo ad A. Averardi, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1173 ss.

(7) Al riguardo, M. Bombardelli, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, a cura di G. Arena - F. Cortese, Padova, 2011, 37 ss.

(8) Sull'applicazione del *débat* in Francia tra i molti, M. Masala, *Nucléaire. Le débat public atomisé*, Paris, 2007.

(9) Si veda, su questi profili, l'interessante analisi di A. Fedi - T. Mannarini, *Oltre il Nimby, la dimensione psico-sociale della protesta contro le opere sgradite*, Milano, 2008.

(10) L. Bobbio, *Il dibattito pubblico*, cit., 123 ss.

(11) Si tratta di pericoli già evidenziati da molti, tra cui S. Cassese, *La partecipazione dei privati*, cit., 38 ss. e R. Bin, *Contro la governance, la partecipazione tra fatto e diritto*, in *op. cit.*, 3 ss.

(12) Sull'impossibilità che innovazioni procedurali sostituiscano interamente scelte che hanno comunque un carattere di *policy*, R. Scharpf, *Policy failure and Institutional Reform: Why Should Form Follow Function?*, in *International Social Science Journal*, 1986, 179.

lità di un'opera pubblica non possa essere misurata esclusivamente tramite il ricorso a strumenti selettivi, come i dibattiti pubblici, i referendum o le inchieste (13). Nondimeno, incorporare direttamente le posizioni dei cittadini nell'attività pubblica di *decision-making* può, da una parte, condurre all'elaborazione di valide *voice options*, stemperando le posizioni di protesta più radicali e, laddove immaginabile, trasformandole in consenso o comunque in opposizioni il più possibile consapevoli (14). Dall'altra, può contribuire a dare vita a un modello di responsabilità procedurale dell'azione dei decisori, legando quest'ultimi, in chiave collaborativa e non solo antagonista, ai privati (15).

Premesso ciò, si tratta di comprendere fino a che punto il modello di dibattito pubblico immaginato dal legislatore italiano possa mettere a frutto quanto appreso sulle prassi partecipative e sulle loro potenzialità.

La disciplina (ancora incompiuta) dell'istituto

In realtà, il dibattito pubblico, così come previsto dall'art. 22 del nuovo Codice degli appalti, appare oggi più come un cantiere appena aperto che come un'opera di ingegneria legislativa terminata e pronta per essere inaugurata. La parte fondamentale della disciplina, e cioè l'individuazione delle opere da sottoporre a dibattito e la definizione delle modalità concrete di svolgimento di questo, dovrà infatti essere fissata entro un anno dall'entrata in vigore del Codice, tramite un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (16).

Alcuni elementi del futuro funzionamento del dibattito pubblico sono però desumibili già dal testo approvato dal legislatore.

Intanto, con riferimento alla trasparenza da garantire nelle procedure di localizzazione delle opere pubbliche, si prevede che i progetti di fattibilità, relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulla città o sull'assetto del territorio, siano

pubblicati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori nel rispettivo profilo di committente. È quindi stabilito che gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse, debbano essere pubblicati, "con pari evidenza" insieme agli altri documenti relativi ai lavori, sempre nel profilo del committente (17).

Come anticipato, la disciplina tracciata dal Codice non specifica le modalità di svolgimento e il termine di conclusione del dibattito, né fissa i criteri per l'individuazione delle opere "distinte per tipologia e soglie dimensionali" da sottoporre alla procedura partecipativa (18). È tuttavia specificato che è sempre l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore, in qualità di proponente l'opera, che cura lo svolgimento del dibattito secondo i criteri ancora da definire (19).

Quanto agli effetti del dibattito pubblico e alla sua conclusione, si individua nella fase di predisposizione del progetto definitivo il momento in cui gli esiti del confronto e le osservazioni ricevute sono raccolte, mentre nella conferenza dei servizi quello in cui avviene la discussione su quanto emerso all'esito della partecipazione degli interessati (20).

È evidente che l'attuale normativa sul dibattito pubblico si caratterizza più per ciò che manca che per quello che viene previsto. Nella disciplina di massima fissata dal legislatore vi sono però almeno quattro punti fermi da considerare.

Il primo coincide con l'aver introdotto le regole sulla partecipazione all'attività amministrativa generale di localizzazione delle grandi infrastrutture all'interno del Codice sugli appalti pubblici. Il secondo è l'aver previsto un dibattito pubblico obbligatorio e uno facoltativo, demandando al decreto attuativo la selezione dei criteri per individuare le infrastrutture da sottoporre necessariamente al confronto con gli interessati. Il terzo è la decisione di "scaricare" direttamente sulle amministrazioni e sugli enti proponenti le opere il compito di garantire la trasparenza informatica e, soprattutto, l'onere di gestire la procedura di dibattito con i soggetti

(13) L. Torchia, *La sindrome Nimby: alcuni criteri per l'identificazione di possibili rimedi*, in F. Balassone - P. Casadio (a cura di), *Le infrastrutture in Italia: Dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, 2011, 360.

(14) Il riferimento è ovviamente a A.O. Hirschman, *Lealtà, defezione e protesta. Rimedi alla crisi delle imprese, dei partiti e dello stato* (1970), trad. it., Milano, 2002.

(15) A. Floridia, *Democrazia deliberativa e processi decisionali: la legge della Regione Toscana sulla partecipazione*, in *Stato e Mercato*, 2008, 102.

(16) Prevede nello specifico il comma 2 dell'art. 22 che il

decreto del Presidente del Consiglio sia adottato, entro un anno dall'entrata in vigore del codice, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per i beni e le attività culturali, previo parere delle commissioni parlamentari competenti.

(17) Art. 22, comma 1. La pubblicazione deve avvenire nella relativa sezione "Amministrazione trasparente".

(18) Art. 22, comma 2.

(19) Art. 22, comma 3.

(20) Art. 22, comma 4.

interessati. Il quarto è la scelta di costruire il dibattito come una sorta di sub-procedimento, che si apre al momento della progettazione preliminare e si chiude nella fase della progettazione definitiva, e i cui esiti vengono discussi in sede di conferenza dei servizi.

Su questi aspetti è utile soffermarsi.

Una prima luce e diverse ombre

Sarebbe ingeneroso non riconoscere che già la semplice introduzione del dibattito pubblico nel nostro ordinamento costituisce una novità da salutare con soddisfazione. Dietro la previsione formale di uno strumento di dialogo tra amministrazione, imprese e cittadini si intravede infatti un primo riconoscimento, legislativo e culturale, dell'evidenza che la composizione degli interessi incidenti sul territorio deve passare anche da una de-verticalizzazione dei processi decisionali pubblici. In questo senso, l'apertura verso tecniche di inclusione della voce dei privati nelle scelte di interesse comune esprime la condivisibile volontà di prendere sul serio il dissenso locale sui progetti infrastrutturali, non affrontando l'opposizione tramite "scorciatoie" procedurali accentratrici, che l'esperienza ha peraltro dimostrato rivelarsi spesso inutili o addirittura controproducenti (21). Si tratta di aspetti importanti, che lasciano immaginare la possibilità di coltivare, in futuro, un approccio più "mansueto" nelle relazioni tra tutti gli attori che, nell'ambito del governo del territorio, hanno interessi non solo divergenti ma, a volte, anche apertamente configgenti (22).

Certo, i tempi sarebbero stati maturi per elaborare una legge che, oltre a prevedere il dibattito pubblico sulle grandi opere, raccogliesse, riordinasse e implementasse, in modo organico e a livello nazionale, tutti gli strumenti di informazione, collaborazione, ascolto e partecipazione degli interessati alle

decisioni pubbliche, i quali sono oggi disseminati in diverse discipline (23). Ciò, tra l'altro, anche per evitare di confinare un istituto peculiare come il dibattito pubblico, che richiede un'attenta regolazione, all'interno di una disposizione minore e generica di un codice dedicato a tutt'altra materia, come invece è stato fatto. Allo stesso modo, considerata l'occasione offerta dall'ampia delega, si sarebbe potuto agire con maggiore incisività anche nel contesto della redazione del Codice degli appalti. Intanto non scegliendo di attendere un successivo decreto della Presidenza del Consiglio per dare forma concreta all'istituto (24) e poi non frammentando la disciplina con la previsione di un dibattito pubblico obbligatorio e di uno facoltativo (25).

Al di là di tutti questi rilievi complessivi, l'impressione che suggerisce il testo approvato è comunque di una riforma nata, almeno in parte, *frenata*. E questo non perché sarà il decreto attuativo a riempire di contenuti l'involucro offerto dal Codice degli appalti, ma in quanto è proprio la disciplina generale, in precedenza descritta, a contenere troppe cautele che, plausibilmente, finiranno per depotenziare lo strumento partecipativo.

Il primo profilo critico da evidenziare riguarda l'aver affidato a chi propone l'opera il compito di gestire, sul proprio profilo di committente, la pubblicazione dei progetti di fattibilità e di tutti i documenti relativi allo svolgimento del dibattito (26). L'impostazione è coerente con i tratti che ha assunto oggi il concetto di trasparenza, il quale pare sempre di più fungere da strumento di controllo dell'amministrazione e, solo in via subordinata, da mezzo per incentivare la partecipazione attiva dei cittadini (27). Corollario di tale lettura del principio di trasparenza è che la funzione di informazione abbia carattere *trasversale* e *neutro*, risolvendosi nella messa a disposizione dell'insieme dei dati necessari alla collettività per supervisionare, anche

(21) Si considerino, in questo senso, i risultati prodotti dalla gestione commissariale della vicenda del torrente Bisagno a Genova, analizzati in A. Torchia, *I nodi*, cit., 29 ss. Sul tema, inoltre, più in generale, A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008.

(22) L'efficace espressione si trova in L. Bobbio, *Discutibile e indiscussa. L'alta velocità alla prova della democrazia*, Bologna, 2006, 132.

(23) Oltre alle tecniche previste a livello locale (tra cui inchieste, referendum, bilanci partecipativi), si pensi anche le forme di consultazione sui disegni di legge, sempre più spesso promosse dai ministeri, alle regole sulla partecipazione all'attività regolatoria introdotte da numerose *authorities* o anche agli strumenti di pianificazione e programmazione infrastrutturali, previsti dallo stesso D.Lgs. n. 50/2016 all'art. 201.

(24) Nello schema di codice, sottoposto al parere consulti-

vo del Consiglio di Stato, era contenuta una disciplina più puntuale del dibattito pubblico. Disciplina che però, in particolare quanto allo svolgimento del dibattito, era stata definita dal Consiglio di Stato "lacunosa e non chiara" ed è perciò stata, in massima parte, stralciata.

(25) Anche sotto questo punto di vista il parere del Consiglio di Stato era stato assai critico, avendo ricordato che l'intento della delega era quello di rendere il dibattito obbligatorio per tutte le opere originariamente previste in essa (e poi richiamate al comma 1 dell'art. 22), senza operare alcuna sottodistinzione (come contraddittoriamente avvenuto al comma 2 del medesimo art. 22).

(26) Art. 22, comma 1.

(27) Lo sottolinea anche M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 681.

senza un interesse specifico, l'attività dell'amministrazione (28). Questa declinazione del principio di trasparenza è però inapplicabile in casi, come quelli dei procedimenti di localizzazione di grandi opere "sgradite", in cui le informazioni non possono essere solo *comunicate*, ma debbono essere anche *gestite*, selezionandole, traducendone i contenuti più tecnici e diffondendole in modo capillare. Non a caso, del resto, la prima contestazione che muove chi si ritiene potenzialmente leso dalla costruzione di un'infrastruttura è che i decisori (facendo coincidere in essi l'amministrazione e le imprese) detengono il monopolio dell'informazione, e che lo gestiscono, con modalità *top-down*, solo per convincere i cittadini della bontà delle scelte che si vanno assumendo (29).

Se le informazioni, come l'esperienza ha insegnato, non sono neutre, è allora evidente che l'imparzialità deve essere garantita da chi deve dirigere il flusso informativo. Si tratta di un'affermazione apparentemente banale, che rimanda però all'aspetto più critico della disciplina del dibattito pubblico accolta dal legislatore, e cioè al fatto che l'intera procedura partecipativa è gestita da chi propone l'opera (30).

Il funzionamento dei meccanismi di interlocuzione con il territorio dipende, più di tutto, dalla capacità di chi guida il confronto tra le parti di rendere palesi, prima dell'assunzione della decisione finale, i conflitti latenti intorno al progetto infrastrutturale, in modo che questi non si manifestino dopo l'assunzione della decisione finale. L'obiettivo primario non è quindi di *mediare* tra cittadini, imprese e amministrazioni, ma di *svelare* pacificamente le posizioni in campo, mostrando le priorità dei diversi attori, per poi verificare se queste possono trasformarsi in maniera condivisa. Perché questo avvenga devono però ricorrere due condizioni. Il confronto tra le parti deve essere amministrato da un organismo formalmente e sostanzialmente terzo, in

grado di raccogliere la fiducia dei cittadini. In più, agli interessati deve essere garantita la possibilità di partecipare in un momento della procedura in cui tutte le opzioni sono ancora aperte, inclusa quella di non realizzare l'infrastruttura proposta (31). Entrambe queste condizioni non sono garantite nella normativa introdotta dal legislatore. Il dibattito pubblico non è condotto da una commissione indipendente (come avviene nel modello francese) ma direttamente da chi propone l'opera, e nel momento in cui la procedura si attiva, cioè nella fase di predisposizione del progetto preliminare, la programmazione dell'opera è già stata definita (32). Non è improbabile, dunque, che i cittadini possano finire per ritenere che l'apertura di questo strumento dialogico sia, di fatto, solo un *escamotage* che le istituzioni utilizzano per legittimare, *ex post*, una decisione già assunta, de-quotandone così il valore e l'efficacia (33).

Quanto all'incertezza sulla reale portata che avrà questa tecnica di inclusione della voce dei cittadini nei procedimenti di localizzazione di opere "sgradite", non si può poi omettere di rilevare che anche la scelta di costruire il dibattito come un sub-procedimento, i cui esiti si discutono in conferenza dei servizi, non è del tutto convincente. Intanto, appare incoerente gravare un modulo di coordinamento tra livelli di governo dell'ulteriore e diverso compito di valutare i risultati di una procedura di confronto tra cittadini, istituzioni e imprese. Questo anche considerando, che in sede di conferenza dei servizi, non è prevista la partecipazione attiva dei privati, e che pertanto la stessa amministrazione proponente l'opera dovrebbe farsi portavoce di posizioni eventualmente lontane da quelle che essa stessa sosteneva o che sosteneva originariamente (34). Infine, anche non concentrandosi sul profilo dell'aggravio procedimentale, non si può escludere che, innestando la fase conclusiva del dibattito pubblico nella conferenza dei servizi, si potrebbe

(28) Impostazione che pare essere oggi confermata anche dal c.d. "Freedom Information Act" introdotto con decreto della Presidenza del Consiglio del 17 maggio 2016, in attuazione del L. n. 7 del 2015 di riforma della pubblica amministrazione.

(29) Su tale uso strumentale dell'informazione nel contesto del ricorso a strumenti partecipativi, B. Damgaard - J.M. Lewis, *Accountability and Citizen Participation*, in M. Bovens - R.E. Godin - T. Schillemans (a cura di), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford, 2014, 264.

(30) Art. 22, comma 3. Così determinando probabilmente che anche i costi del dibattito saranno addossati all'amministrazione.

(31) Sull'importanza della neutralità, non solo formale ma anche sostanziale, di chi guida la partecipazione, e sull'impossibilità di mettere a dibattito solo il "come" realizzare un'opera

e non anche il "se" costruirla, J. Lolive, *Les contestations du Tgv méditerranée: projet, controverses et espace public*, Paris, 1999, 109 ss.

(32) Art. 23, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016.

(33) Per verificare questa ipotesi sarà ovviamente necessario attendere le prime applicazioni dell'istituto.

(34) Nel schema di decreto attuativo di riforma della conferenza dei servizi, approvato nel gennaio 2016, è previsto che i privati interessati ai lavori della conferenza non possano essere presenti neppure come osservatori senza voto (come avveniva nella previgente formulazione dell'art. 14 *ter*, comma 2 *bis*, L. n. 241/1990). Al riguardo, L. Carbonara, *La nuova conferenza dei servizi: la complessa ricerca della semplificazione, tra composizione degli interessi e celerità decisionale*, in corso di pubblicazione in *Giustamm.*, 2016.

generare una fonte aggiuntiva di contenzioso. La determinazione conclusiva della conferenza, che nella prossima formulazione dell'istituto dovrebbe sostituire gli atti di assenso dell'amministrazione, si esporrebbe infatti al rischio di impugnazione anche per la mancata o incompleta applicazione della disciplina sulla partecipazione degli interessati che, almeno al momento e nelle sue linee essenziali, è fortemente generica, se non proprio lacunosa.

Il "terreno pieno di mine" della partecipazione

Oltre venticinque fa, Mario Nigro, commentando le previsioni dell'art. 13 della L. n. 241 del 1990, lamentava che, senza una cornice di regole condivise sulla partecipazione all'attività amministrativa generale, non sarebbe stato agevole costruire un equilibrato rapporto tra i pubblici poteri e i cittadini (35). Difficilmente si potrebbe dire che questa intuizione non fosse corretta.

L'assenza di una disciplina compiuta sul coinvolgimento dei cittadini alle scelte di interesse comune ha effettivamente rallentato il processo di formazione di una autentica cultura della partecipazione amministrativa, la cui pratica è rimasta confinata essenzialmente alla dimensione locale e declinata in chiave quasi sempre difensiva e oppositiva (36). L'introduzione del dibattito pubblico potrebbe dunque offrire la prima vera occasione per coltiva-

re una dimensione relazionale più matura tra i cittadini e i decisori, aiutando questi ultimi a uscire dalla "cittadella tecnocratica" in cui, con esiti infelici, tendono ad arroccarsi quando si tratta di assumere scelte controverse quali quelle relative alla localizzazione di infrastrutture invasive (37).

È chiaro che, come è emerso da questa prima analisi, l'impostazione assunta dal legislatore risente ancora molto del tradizionale timore che l'apertura democratica dei processi decisionali pubblici possa incidere negativamente sul buon andamento dell'amministrazione (38). Lo dimostra l'aver costruito l'istituto come una parentesi procedimentale che l'amministrazione stessa gestisce nell'ambito del dialogo interistituzionale e, ancora di più, l'aver timidamente disciplinato questa tecnica partecipativa in una disposizione isolata nel Codice degli appalti e non in una normativa, più ampia, sull'ascolto e sull'inclusione della voce dei cittadini nelle decisioni pubbliche.

Poiché però solo uno strumento che è positivamente previsto nell'ordinamento può essere migliorato, l'ingresso del dibattito pubblico in Italia segna, in ogni caso, un passo in avanti nell'esplorazione del "territorio pieno di mine" della partecipazione (39). L'auspicio è quindi che l'esplorazione prosegua, in modo sempre più convinto, già a partire dall'adozione del decreto attuativo dell'istituto.

I contratti pubblici concernenti i beni culturali

di Francesco G. Albisinni

La nuova disciplina degli appalti concernenti i beni culturali, di cui al "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" (D.Lgs. n. 50 del 2016), si caratterizza per il riordino e la semplificazione delle norme previgenti. Il quadro normativo speciale mostra tendenze ambivalenti, sia verso una maggiore riconduzione nell'alveo della disciplina comune degli appalti pubblici rispetto al passato, sia verso l'affermazione di accentuati profili di specialità. In ogni caso, è necessario attendere i previsti atti di esecuzione per verificare come i principi enunciati nelle norme troveranno compiuta attuazione.

(35) In questo senso, M. Nigro, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 13. Diverso sarebbe stato se fosse stato approvato il testo elaborato dalla Commissione Nigro che prevedeva l'istruttoria pubblica per le scelte incidenti sul territorio già nella legge generale sul procedimento.

(36) Per un'analisi ampia dell'applicazione, in diversi campi, delle garanzie partecipative per i privati, G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, 2010 e M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*,

Padova, 2010.

(37) La suggestiva descrizione dei decisori come arroccati in una "cittadella tecnocratica" è utilizzata da M. Roccato - T. Mannarini, *Non nel mio giardino. Prendere sul serio i movimenti Nimby*, Bologna, 2012, 32 ss.

(38) Sul conflitto tra partecipazione e buon andamento, ancora S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., 13 ss.

(39) L'idea che la partecipazione sia un "fiorito sentiero che girovaghi in un terreno minato", come noto, si deve a M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, 226.

Le novità introdotte dal Codice

La complessa operazione di riforma che ha interessato il settore dei contratti pubblici in conseguenza della delega operata dal legislatore non ha riguardato solamente il recepimento delle tre recenti direttive europee, ma comprendeva altresì il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici (1). La riforma delle disposizioni relative agli appalti dei beni culturali (2) si iscrive in questa seconda finalità della delega, atteso che il diritto europeo non ha reso indicazioni in riferimento a questo specifico settore. Le disposizioni relative agli “appalti nel settore dei beni culturali” (3) si caratterizzano, rispetto alla disciplina previgente, per un’accentuata semplificazione, e mostrano una tendenza ambivalente: se per un verso vengono rimarcati alcuni profili di specialità (4), per l’altro si registra, al tempo stesso, una maggiore riconduzione nell’alveo della disciplina comune dei contratti pubblici, così come disegnata dal Codice.

È espressione di questa seconda linea di tendenza la norma (5), che definisce l’ambito di applicazione e la disciplina comune applicabile. La disposizione si presenta innanzitutto più sintetica rispetto al passato, operando un generale riferimento ai contratti pubblici concernenti i beni culturali tutelati ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio (6) ed agli scavi archeologici, anche subacquei, mentre in precedenza ci si riferiva agli appalti di lavori pubblici concernenti i beni mobili e immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, sottoposti alle disposizioni di tutela del Codice di settore (7). Il riferimento alle disposizioni comuni del Codice, inoltre, è generalizzato, ed esse trovano applicazione “per quanto non diversamen-

te disposto nel presente capo”, mentre in precedenza veniva effettuato un richiamo più puntuale alle parti del D.Lgs. n. 163 del 2006 applicabili, in quanto non derogate e ove compatibili, anche a questa tipologia di appalti.

Per quanto riguarda il regime di qualificazione degli operatori, si conferma il profilo di specialità della disciplina, in ragione della non replicabilità delle competenze coinvolte e dell’assoluta importanza che esso assume per una corretta tutela dei beni culturali (8). Rispetto alla disciplina previgente, viene esplicitato nella norma primaria il parametro dell’adeguatezza delle competenze possedute dagli operatori, oltre che la loro necessaria specificità. Le indicazioni normative troveranno puntuale definizione in un successivo provvedimento attuativo che - coerentemente con l’architettura del nuovo Codice, che non prevede un generale regolamento di esecuzione - è stato individuato in un apposito decreto interministeriale (9). A questo atto viene demandata la definizione dei requisiti di qualificazione dei direttori tecnici e degli esecutori dei lavori sui beni culturali e delle modalità di verifica ai fini dell’attestazione. Tali requisiti dovranno in qualche misura combinarsi con le previsioni delle Linee Guida ANAC, da emanarsi ai sensi dell’art. 83, comma 2, del Codice, che disciplineranno i requisiti di qualificazione “ordinari”: dall’interazione tra i due provvedimenti scaturirà la complessiva disciplina applicabile agli operatori economici del settore. In ogni caso l’art. 146, comma 4, del Codice ha previsto che, nel caso di lavori riguardanti beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, il direttore tecnico dell’operatore economico incaricato

(1) V. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari, Relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”*, Varenna 17-19 settembre 2015, 21, in www.irpa.eu.

(2) Art. 1, comma 1, lett. o), L. 28 gennaio 2016, n. 11, che così dispone: “riordino e semplificazione della normativa specifica in materia di contratti relativi a beni culturali, ivi inclusi quelli di sponsorizzazione, anche tenendo conto della particolare natura di quei beni e delle peculiarità delle tipologie degli interventi, prevedendo altresì modalità innovative per le procedure di appalto relative a lavori, servizi e forniture e di concessione di servizi, comunque nel rispetto delle disposizioni di tutela previste dal codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti”.

(3) Questo il titolo del Capo III, Titolo VI, Parte II, del Codice.

(4) Si pensi all’esclusione, per questa tipologia di appalti,

del ricorso all’istituto dell’avvalimento, su cui v. *infra*.

(5) V. art. 145 del Codice.

(6) D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

(7) V. art. 197, D.Lgs. n. 163/2006.

(8) P. Carpentieri - P. Ungari, *I contratti relativi ai beni culturali*, in R. De Nictolis - R. Garofoli - M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 4, 3021, chiariscono che “la qualificazione degli esecutori assume nel settore degli interventi su beni culturali un’importanza strategica, per la intrinseca limitata prevedibilità degli effetti dell’intervento, il conseguente maggior spazio lasciato alle valutazioni degli operatori e la circostanza che una esecuzione difforme rispetto al progetto ... può comportare il deterioramento o la perdita dei valori culturali da tutelare, vale a dire un danno irreversibile”.

(9) Che dovrà adottare, entro sei mesi dall’entrata in vigore del Codice, il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti.

degli interventi di cui all'art. 147, comma 2, secondo periodo, debba comunque possedere la qualifica di restauratore di beni culturali.

Tra le principali novità introdotte, deve segnalarsi che, per gli appalti concernenti beni culturali e scavi archeologici, non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento, che, nell'ambito del previgente quadro normativo, era stato invece considerato pienamente compatibile con la disciplina speciale, anche dalla giurisprudenza (10). La nuova previsione segna una netta discontinuità con il passato. Il Consiglio di Stato, esprimendo il proprio parere sullo schema di decreto legislativo (11), ha chiarito che questa eccezione non determina il mancato rispetto della normativa europea, in quanto "[i]l 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." L'"eccezione culturale", prevista dall'art. 36 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (12), dunque giustifica tale deroga: la stessa Corte di Giustizia ha riconosciuto che la protezione del patrimonio storico ed artistico si configura quale esigenza di carattere imperativo, che permette una deroga alle disposizioni europee (13).

Innovazioni rilevanti si registrano anche in riferimento alla disciplina dei livelli e dei contenuti della progettazione. Il Codice ha introdotto, in linea generale, l'obbligo per le stazioni appaltanti di predisporre un progetto di fattibilità, che si sostituisce (pur differenziandosene quanto ai contenuti) alla progettazione preliminare (14), e che è previsto dunque anche per questa tipologia di appalti. Il legislatore ha inoltre accentuato i profili della conservazione programmata (15), in ossequio all'art.

29 del Codice di settore, che deve caratterizzare tutti gli interventi sui beni culturali. È stata perciò introdotta, ampliando sul punto quanto previsto dalla previgente disciplina, la previsione generalizzata, per i lavori sui beni culturali, della redazione di una scheda tecnica, da parte di professionisti qualificati, che individua le caratteristiche del bene oggetto dell'intervento. Altro importante elemento di discontinuità è costituito dal livello di progettazione richiesto per avviare una procedura di appalto. L'art. 203 del D.Lgs. n. 163 del 2006 prevedeva che di regola l'affidamento di lavori sui beni culturali venisse disposto sulla base di un progetto definitivo. Nel nuovo Codice è stata introdotta una disposizione di carattere generale, valevole anche per il settore dei beni culturali, che impone di procedere all'affidamento sulla base del livello di progettazione esecutiva. La norma potrebbe causare non poche disfunzionalità in questo settore, anche per le caratteristiche intrinseche dei lavori sui beni culturali (ed, in particolare, per gli scavi archeologici), che non sempre rendono possibile definire in via preventiva, nel dettaglio, gli elementi della progettazione. La disposizione, peraltro, fa salva l'integrazione della progettazione in corso d'opera (16), esplicitando un rinvio al principio dell'aderenza dinamica (17), che sembrerebbe far salva, ricorrenti i presupposti previsti dalla legge, procedere all'affidamento anche prima dell'elaborazione della progettazione esecutiva.

Viene ribadito l'obbligo di affidare disgiuntamente i lavori sui beni culturali da quelli afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali, salve esigenze eccezionali, che rendano necessario il ricorso all'affidamento congiunto. Al divieto, già previsto dalla previgente disciplina, è stata aggiunta la specificazione circa l'impossibilità, per le stazioni appaltanti, di motivare l'affidamento congiunto sulla base

(10) V. T.A.R. Veneto, Sez. I, 6 novembre 2008, n. 3451.

(11) Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016.

(12) "Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi (...) di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale (...)"

(13) V. CGCE 26 febbraio 1991, C-180/89, Commissione c. Repubblica italiana, punto 20.

(14) V. art. 23 del Codice.

(15) V. G. Urbani, *Premessa del progetto esecutivo. Piano pilota per la conservazione programmata dei beni culturali dell'Umbria*, pubblicato in B. Zanardi (a cura di), *Giovanni Urbani. Intorno al restauro*, Skira, 2000, 103-105, che così definisce (104) la conservazione programmata: "Una tecnica (...) di necessità rivolta prima che verso i singoli beni, verso l'ambiente che li contiene e dal quale provengono tutte le possibili cause del loro deterioramento. Suo obiettivo è pertanto il controllo di

tali cause, per rallentare quanto più possibile la velocità dei processi di deterioramento, intervenendo, in pari tempo e se necessario, con trattamenti manutentivi appropriati ai vari tipi di materiali."

(16) Art. 147, comma 5, del Codice: "Qualora il responsabile unico del procedimento accerti che la natura e le caratteristiche del bene, ovvero il suo stato di conservazione, sono tali da non consentire l'esecuzione di analisi e rilievi esaustivi o comunque presentino soluzioni determinabili solo in corso d'opera, può prevedere l'integrazione della progettazione in corso d'opera, il cui eventuale costo deve trovare corrispondente copertura nel quadro economico."

(17) P. Carpentieri - P. Ungari, *op. cit.*, 3062, 3074, secondo cui l'aderenza dinamica della progettazione consiste nella "esigenza di flessibilità e di un suo costante legame con lo svolgimento del lavoro, secondo una metodologia di lavoro progressivo", e rappresenta "un carattere saliente della specialità della materia dei lavori pubblici su beni culturali".

di ragioni relative alla sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. L'esperienza ha dimostrato che, in numerose occasioni, tale motivazione avrebbe potuto trasformarsi in petizione di principio, insuperabile, vanificando il divieto stabilito dalla norma. Tale divieto, peraltro, è stato considerato non assoluto dalla giurisprudenza, che ne ha disposto in alcuni casi il superamento (18). La nuova disciplina pertanto, che si esprime in termini ancora più netti, costituisce un importante banco di prova, per verificare la tenuta del principio che essa esprime.

Con riferimento alle varianti, viene confermato il disposto dell'art. 205 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Non vengono pertanto considerate tali quelle che investono aspetti di dettaglio, o necessarie per un pericolo di danneggiamento o deterioramento dei beni tutelati, che non modificano qualitativamente l'opera e che non superino una variazione percentuale complessiva dell'importo dell'appalto del 10% (e del 20% per singola categoria di lavorazione).

Anche la norma sul collaudo conferma il principio già espresso dal regolamento di esecuzione del Codice previgente, in base al quale "per opere e lavori relativi a beni di cui al presente titolo è obbligatorio il collaudo in corso d'opera, sempre che non sussistano le condizioni per il rilascio del certificato di regolare esecuzione" (19), ed è stata riprodotta con formulazione quasi identica. Gli aspetti di dettaglio concernenti il collaudo sono rimessi al decreto interministeriale di cui all'art. 146, comma 4, che dovrà presumibilmente dettare, tra gli altri aspetti, specifiche disposizioni circa la necessaria appartenenza, all'organo di collaudo, di soggetti qualificati e specializzati in relazione alla peculiare natura del bene culturale oggetto di intervento. Si segnala inoltre che l'art. 102 del nuovo Codice - nel disciplinare in via generale il collaudo - prevede che al termine dei lavori sia redatto, per i beni del patrimonio culturale, uno specifico consuntivo predisposto dal direttore dei lavori o (nel caso di interventi su beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e a materiali storicizzati di beni culturali immobili) da restauratori di beni culturali.

Il Codice prevede, infine, un regime transitorio delle norme di attuazione, che si fonda sul regime di "cedevolezza" congegnato all'art. 216. Ai sensi dell'art. 216, comma 4, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo XI, Capi I e II, del d.P.R. n. 207 del 2010 continuano ad applicarsi, fino all'emanazione del decreto attuativo di cui all'art. 23, comma 3, del nuovo Codice (che disciplina i livelli di progettazione), mentre - con un parziale difetto di coordinamento - il comma 19 stabilisce che gli artt. 248 e 251 del regolamento di esecuzione del 2010 continuano ad applicarsi fino all'emanazione del decreto attuativo di cui all'art. 146, comma 4, del Codice.

I contratti di sponsorizzazione relativi ai beni culturali e le forme speciali di partenariato

Merita un esame a sé stante la disciplina dei contratti di sponsorizzazione relativi ai beni culturali (20). Si tratta infatti dell'ambito ove si registrano le innovazioni maggiori: il nuovo Codice ha determinato una significativa semplificazione per l'acquisizione di sponsor per interventi di tutela e valorizzazione dei beni culturali, in attuazione di uno specifico criterio direttivo contenuto nella legge delega.

La disciplina previgente (21), infatti, non ha goduto di grande fortuna - in riferimento al profilo della sua attuazione - ed è rimasta, di fatto, quasi del tutto inapplicata (22).

La nuova norma traccia un quadro disciplinare semplificato, che impone il rispetto delle norme sulla qualificazione degli operatori e sull'affidamento, ma che deroga invece per quanto riguarda la procedura di scelta del contraente.

L'istituto è regolato, in linea generale, all'art. 19 e, con riferimento specifico agli interventi relativi ai beni culturali, all'art. 151.

In caso di importi superiori a euro 40.000, l'affidamento dei contratti di sponsorizzazione "pura" (che si realizzano mediante erogazione di denaro, accollo del debito o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti) è preceduto esclusivamente dalla previa pubblicazione sul sito

(18) V. Cons. Stato, Sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 6414.

(19) V. art. 251, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010.

(20) Sulla sponsorizzazione dei beni culturali, v. R. Chiappa, *Il nuovo regime delle erogazioni liberali e delle sponsorizzazioni: il settore dei beni culturali e l'intervento delle fondazioni*, in *Aedon*, n. 2/2013.

(21) Si trattava della procedura introdotta nel 2012 dall'art.

20 del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, che aveva aggiunto l'art. 199 bis del previgente codice degli appalti pubblici.

(22) Segnalava una serie di possibili criticità S. Casciu, *Il tema delle sponsorizzazioni/erogazioni liberali visto dalla parte delle Soprintendenze: difficoltà, equivoci, burocrazia, mentalità*, in *Aedon*, n. 2/2013.

istituzionale dell'amministrazione, per almeno trenta giorni, di un apposito avviso di ricerca di sponsor, oppure di avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione, al quale si accompagna l'indicazione sintetica del contenuto negoziale. Trascorso tale termine l'amministrazione può procedere alla stipula del contratto nel rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento fra gli operatori che hanno manifestato interesse, fermo restando il rispetto dell'art. 80 del Codice degli appalti in ordine alla verifica del possesso, da parte dello sponsor, dei requisiti generali "moralì" costituenti condizione generale per stipulare con la pubblica amministrazione. Si ammette dunque in linea generale l'iniziativa dello sponsor privato, che potrà pertanto indicare direttamente di sua iniziativa il contenuto della sponsorizzazione, anche con riferimento al bene culturale, all'intervento da realizzare e all'entità del finanziamento. Resta tuttavia fermo e sempre possibile lo svolgimento di un ruolo "attivo" dell'amministrazione nella ricerca di sponsor, che potrà anche basarsi su (e confluire ne) gli atti di programmazione.

Il comma 2 dell'art. 19 precisa che nel caso di sponsorizzazione "tecnica", ipotesi in cui lo sponsor intenda realizzare lavori, servizi o forniture a sua cura e spese, non si applica la normativa sui contratti pubblici, a eccezione delle norme che stabiliscono la qualificazione dei progettisti e degli esecutori. Benché la norma non lo specifichi, si ritiene che la stessa procedura semplificata (di cui al comma 1) prevista per la sponsorizzazione pura sia applicabile anche alla sponsorizzazione tecnica, ferma restando la necessità di avvalersi di personale qualificato, oltre che in possesso dei requisiti soggettivi e morali richiesti per contrattare con la pubblica amministrazione.

La disciplina appena esaminata si estende anche, ai sensi del rinvio operato dall'art. 151, comma 1, ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture relativi a beni culturali, nonché ai contratti di sponsorizzazione finalizzati al sostegno degli istituti e luoghi della cultura contemplati dall'art. 101 del Codice di settore, delle fondazioni lirico-sinfoniche e dei teatri di tradizione. In questi ultimi casi il codice estende la procedura anche a ipotesi che potrebbero non rientrare strettamente nell'ambito di interventi o iniziative su beni culturali, intesi in senso tradizionale, ma che evidente-

mente possono suscitare un alto grado di interesse tra gli operatori.

Si conferma, anche nel nuovo quadro disciplinare, il ruolo di tutela e vigilanza dell'amministrazione in ordine alla progettazione e alla esecuzione degli interventi, connesso alla funzione istituzionale che il legislatore attribuisce al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (23).

La norma prevede, infine, l'istituzione forme speciali di partenariato, che il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo può attivare, sia con enti ed organismi pubblici che con soggetti privati, a fini di fruizione e ricerca scientifica, che possono dar luogo ad interventi di recupero, restauro, manutenzione, gestione e valorizzazione di beni culturali immobili. Spesso infatti, nella pratica, si è dato vita a rapporti di durata, che vanno al di là del mero partenariato di tipo contrattuale, ma non pervengono a una forma di vera e propria istituzionalizzazione, come accade nel caso in cui si dia luogo alla creazione di fondazioni o associazioni con la finalità di gestione di siti culturali, e che reclamavano uno specifico riconoscimento e una più sicura base giuridica, che potrebbe essere offerta da questa apposita disposizione.

La verifica preventiva dell'interesse archeologico

Occorre dare conto, infine, della disciplina della verifica preventiva dell'interesse archeologico, che - seppur contenuta nel Titolo III della Parte I del Codice, relativa alla progettazione - costituisce un profilo molto rilevante della disciplina relativa ai beni culturali. L'art. 25, che riproduce in larga parte i contenuti delle due disposizioni previgenti, e che regola la procedura da seguire quando, in caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti in aree di interesse archeologico, devono essere eseguiti saggi archeologici preventivi sulle aree interessate da tali lavori, si segnala per alcuni profili di novità. In primo luogo, è stato ridotto il termine entro cui il soprintendente competente può richiedere, sulla base degli elementi trasmessi dalle stazioni appaltanti e delle ulteriori informazioni disponibili, la sottoposizione dell'intervento alla procedura di verifica preventiva di interesse archeologico, in quanto ravvisi l'esistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione (24).

(23) L'art. 151, comma 2, infatti, prevede che "L'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali impartisce opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione

delle opere e/o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi".

(24) A tale riguardo, il Consiglio di Stato, nel proprio parere,

È stata poi prevista, sopperendo ad una mancanza della disciplina previgente, la necessità di definire un termine entro cui concludere l'esecuzione delle operazioni di verifica archeologica preventiva. Il comma 9 stabilisce infatti che "La procedura si conclude in un termine predeterminato dal soprintendente in relazione all'estensione dell'area interessata". Sulla disposizione tuttavia il Consiglio di Stato si è espresso, nel proprio parere, in termini critici, a causa del parametro elastico utilizzato per la definizione del termine (che deve essere "predeterminato in relazione all'estensione dell'area") e che viene, peraltro, stabilito unilateralmente dal soprintendente.

Con riferimento ai provvedimenti attuativi della disciplina, è stato eliminato il riferimento alla definizione linee guida "finalizzate ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura" (25), e sostituito con l'individuazione di "procedimenti semplificati, con termini certi che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera.". Non appare del tutto chiaro il senso di tale sostituzione, atteso che non si avrebbe, in questo modo, una procedura "ordinaria" di tale istituto, circostanza che determinerebbe, peraltro, la mancanza dello stesso parametro di riferimento per la definizione delle procedure semplificate.

Conclusioni

La nuova disciplina degli appalti dei beni culturali si caratterizza, come osservato in precedenza, per la sua ambivalenza: si assiste infatti ad un tentativo di ricondurre le disposizioni relative ai beni culturali nell'ambito della disciplina comune, ed al contempo vengono affermati con forza alcuni caratteri speciali.

A questo proposito, le norme pongono importanti petizioni di principio, coerenti con la specialità del settore. Un ruolo decisivo, in questo senso, sarà svolto dalla disciplina di attuazione. Al decreto interministeriale di cui all'art. 146, comma 4, del Codice, viene infatti demandato: di definire i requisiti di qualificazione dei direttori tecnici e degli esecutori dei lavori e le modalità di verifica del possesso di tali requisiti; di stabilire i livelli e i contenuti della progettazione dei lavori sui beni culturali, ivi inclusi gli scavi archeologici, nonché i ruoli e le competenze dei soggetti incaricati delle attività di progettazione, direzione dei lavori e collaudo; di individuare i particolari tipi di intervento in relazione ai quali è consentita l'esecuzione dei lavori di somma urgenza sui beni culturali; di elaborare specifiche disposizioni concernenti il collaudo. È necessario perciò attendere l'emanazione di tale decreto, prima di poter esprimere un giudizio definitivo circa gli effetti delle nuove norme, anche per verificare in che modo i principi enunciati nelle disposizioni primarie troveranno compiuta attuazione.

Le forme di tutela nel nuovo Codice di Claudio Contessa

Il contributo descrive il contenuto essenziale della Parte VI - Titolo I ("*Contenzioso*") del nuovo "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" (artt. 204-211).

Per quanto riguarda la polimorfa categoria delle *Alternative Dispute Resolution* il nuovo Codice (che peraltro prende *in parte qua* le mosse da una delega di mera *razionalizzazione* del quadro normativo esistente) non ha aggiunto significativi elementi di novità rispetto al previgente D.Lgs. n. 163/2006.

Un'attenzione particolare viene comunque dedicata, nell'ambito del contributo, alla riformulata disciplina dei pareri di precontenzioso dell'ANAC.

La parte finale del contributo viene dedicata al nuovo rito speciale anticipato e accelerato in tema di ammissioni ed esclusioni dalle pubbliche gare (art. 204) di cui vengono scrutinate le caratteristiche principali e i profili di possibile criticità anche sotto il versante costituzionale.

ha osservato che "[p]ur comprendendosi le ragioni acceleratorie, il nuovo termine può risultare in concreto troppo breve avuto riguardo alla capacità operativa attuale delle Soprinten-

denze alle belle arti, e al pregio del patrimonio archeologico italiano."

(25) Così art. 96, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006.

Aspetti generali della questione

Il nuovo “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione” dedica l’intero Titolo I della Parte VI al generale (e invero di difficile collocabilità sistematica) tema del “Contenzioso”.

Il Titolo in questione si articola a sua volta in due Capi: il primo (che si esaurisce nel solo art. 204) dedicato alla materia dei *ricorsi giurisdizionali*; il secondo (che comprende gli artt. da 205 a 211) dedicato alla polimorfa categoria dei *rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale* (1).

La scelta normativa in tal modo operata (al di là delle intuibili ragioni di accorpamento normativo che sembrano averla ispirata) non appare del tutto coerente sia perché essa sembra ricondurre la variegata figura delle ADR alla tematica del contenzioso in quanto tale (in tal modo facendo venir meno lo stesso carattere di alternatività che dovrebbe caratterizzare la figura, determinando altresì una sorta di ossimoro), sia perché appare ben difficile ricondurre alcuni degli istituti disciplinati tanto alla materia contenziosa, quanto a quella delle ADR in senso proprio (ci si riferisce, in particolare, alla nuova figura del collegio consultivo tecnico - art. 207 - che non è volta alla risoluzione di una controversia, ma - *più a monte* - a prevenire la stessa possibilità che, in fase esecutiva, possano insorgere fra le parti “dispute di ogni natura” (2)).

Nelle pagine che seguono si esamineranno distintamente le principali novità normative inerenti ciascuno dei (due) macro-settori in esame.

Le forme di ADR nel nuovo “Codice”: una veduta d’insieme

I caratteri di fondo della nuova disciplina codicistica in tema di razionalizzazione del sistema delle ADR (3) sono rinvenibili nell’ambito del criterio di delega *aaa*) della L. 28 gennaio 2016, n. 11.

In particolare, la legge di delega ha demandato al Governo - *inter alia* - il compito di procedere “[alla] razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle

controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantire la trasparenza, la celerità e l’economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari”.

La formulazione invero non perspicua della legge di delega ha suscitato fra i primi osservatori in particolare due dubbi: i) se l’aver riferito l’emanando intervento al mero ambito della *razionalizzazione* dei metodi di risoluzione comportasse una preclusione all’introduzione di *nuove forme di ADR*; ii) se l’aver fatto riferimento a modalità di *Alternative Dispute Resolution* anche in materia di esecuzione del contratto stesse a significare (secondo un ragionamento a contrario) che il legislatore della delega ammettesse forme di ADR anche relative alla fase pubblicistica dell’aggiudicazione.

Ebbene, quanto al primo aspetto gli estensori del decreto delegato non sembrano aver tenuto in particolare considerazione i dubbi sistematici posti dalla formulazione del criterio di delega *aaa*) e hanno dato ingresso nel nuovo testo a forme di ADR certamente sconosciute all’esperienza nazionale pregressa (sul punto cfr. *amplius infra*).

Per quanto riguarda invece il secondo aspetto, nella stesura del decreto delegato si è tenuta sostanzialmente in non cale l’indicazione apparentemente desumibile dal testo della delega e si è perpetuata la pregressa scelta normativa di limitare l’ambito delle ADR alla sola fase dell’esecuzione del contratto.

Si tratta, del resto, della riproposizione di un modello concettuale che tradizionalmente postula l’incompatibilità fra le vicende di matrice pubblicistica e il ricorso a forme di ADR, stante il tipico carattere di indisponibilità dell’interesse pubblico sotteso a tali vicende (4).

Qui di seguito si esamineranno (con la necessaria sintesi imposta dai limiti dimensionali del presente

(1) Per una disamina puntuale in ordine alle disposizioni qui richiamate sia consentito rinviare a C. Contessa, *Commento agli articoli*, in C. Contessa - D. Crocco (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni commentato articolo per articolo*, Roma, 2016, 632, ss. Sul punto v. anche R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in: *Urb. e app.*, 5/2016; M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in: *www.federalismi.it*.

(2) In tal senso il comma 1 dell’art. 207.

(3) Sul tema delle forme di *Alternative Dispute Resolution* utilizzabili in ambito pubblicistico, v. M. Giovannini, *Ammini-*

strazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie, Bologna, 2007, *passim*.

(4) Sul punto, v. E. Picozza - L. Cappello, *Diritto processuale dell’economia*, in: E. Picozza - V. Ricciuto (a cura di), *Diritto dell’economia*, Torino, 2013, 360, ss. Gli AA. propongono un modello nel cui ambito la possibilità di risolvere attraverso ADR le questioni di interesse pubblicistico resti esclusa unicamente nel caso degli *interessi legittimi indisponibili*, “nei quali è piuttosto indisponibile l’elemento dell’interesse pubblico specifico concreto ed attuale”.

contributo) alcuni dei principali aspetti della disciplina recata dagli artt. 205-2011 del nuovo “Codice”.

Dal punto di vista generale si osserva che il D.Lgs. n. 50 del 2016:

- per un verso riprende in larga parte gli istituti già disciplinati dal previgente “Codice” (ci si riferisce, in particolare, alle figure della transazione, dell’accordo bonario e dell’arbitrato, alle quali peraltro sono state apportate modifiche di apprezzabile rilievo);

- per altro verso introduce una figura davvero innovativa (il Collegio consultivo tecnico dell’art. 204) e annovera altresì - con scelta non esente da profili di criticità - i pareri di precontenzioso ANAC fra gli strumenti di ADR in senso proprio (5).

Ora, per quanto riguarda la figura dell’accordo bonario per i lavori, il nuovo art. 205 riprende in larga parte il contenuto disciplinare dell’art. 240 del previgente “Codice” e delinea l’istituto in parola come strumento volto a superare - appunto, in via “bonaria” - i contrasti insorti in sede di esecuzione di un appalto di lavori a seguito dell’apposizione sui documenti contabili di significative riserve da parte dell’appaltatore (riserve che, laddove accolte, potrebbero determinare un rilevante incremento dei corrispettivi a carico dell’amministrazione).

Già sotto questo aspetto la nuova disciplina dell’istituto presenta aspetti di un certo rilievo rispetto al passato.

Ed infatti:

- mentre il previgente art. 240 ammetteva il ricorso all’istituto nel caso di possibile superamento dei corrispettivi in misura “non inferiore al 10% dell’importo contrattuale”;

- al contrario, il nuovo art. 205 ammette la possibilità di farvi ricorso laddove il possibile incremento si collochi all’interno di una “forcella” compresa fra il 5 e il 15%.

La *ratio* di fondo di tale previsione sembra essere quella di individuare una sorta di *plafond* oltre il quale non è più ragionevolmente possibile procedere a un componimento non contenzioso del dissenso e la via giudiziale appare quindi di fatto inevitabile.

Un’analoga logica di *Realpolitik* sembra sottesa alla previsione di un limite minimo del possibile incremento (pari al 5%) perché si possa far ricorso all’istituto in esame.

Ad avviso di chi scrive, la *ratio* sottesa a tale disposizione sembra essere quella di individuare un limite minimo al di sotto del quale non è neppure possibile e/o utile attivare forme di componimento del dissenso fra le parti, potendosi utilmente ricorrere allo strumento delle varianti, ove ammesse.

L’art. 205, poi, sancisce che l’esame delle riserve e la formulazione della proposta di accordo venga demandata a un singolo esperto il cui nominativo è tratto dall’elenco tenuto dalla Camera arbitrale di cui all’art. 211 (al contrario, l’art. 240 del previgente “Codice” stabiliva che, per gli appalti e le concessioni di importo superiore a euro 10 milioni, la proposta di accordo bonario fosse formulata da un’apposita commissione composta da tre membri).

Sempre per quanto riguarda la figura dell’accordo bonario, è importante osservare che il legislatore del 2016 non ha riproposto la previsione di cui all’art. 240 del D.Lgs. n. 163 del 2006 secondo cui era possibile conferire *ex ante* alla Commissione (e oggi al singolo esperto) il potere di assumere una decisione vincolante (*i.e.*: una decisione non rimessa all’approvazione delle parti, ma di per sé idonea a vincolare le stesse).

Da ultimo l’art. 206 del nuovo “Codice” (riprenendo acquisizioni invero già invalse in giurisprudenza) stabilisce che le disposizioni in tema di accordo bonario trovano applicazione anche nei settori dei servizi e delle forniture.

La previsione in questione risulta certamente di interesse in quanto legifica il pregresso orientamento, riconoscendo allo stesso un condivisibile carattere di *certezza* e di *stabilità*. Per altro verso, la disposizione in esame non fornisce agli operatori l’auspicato grado di chiarezza in quanto opera la richiamata estensione in base a un generico criterio di compatibilità, senza indicare quali aspetti regolatori dell’art. 205 possano trovare applicazione anche per i servizi e le forniture e quali no (“le disposizioni di cui all’art. 205 si applicano, in quanto compatibili, anche ai contratti di fornitura di beni di natura continuativa o periodica, o di servizi (...)). La figura del *Collegio consultivo tecnico* (art. 207) rappresenta, come si è già anticipato, la vera novità per quanto riguarda la sistematica delle ADR nel nuovo “Codice”.

Dal punto di vista generale si può addirittura dubitare se la nuova figura sia davvero ascrivibile al no-

(5) Sul punto sia consentito richiamare nuovamente C. Contessa, *op. ult. cit.*, 642 ss.

vero degli strumenti di *Alternative Dispute Resolution* in senso proprio.

Ed infatti, a stretto rigore, il nuovo istituto non è volto a risolvere una controversia in atto fra le parti, bensì ad impedire (per così dire, in via *anticipata e preventiva*) che una qualunque controversia insorga fra le parti medesime (l'art. 207, comma 1 stabilisce infatti che "al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre 90 giorni da tale data, sia costituito un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso").

Ne consegue che la funzione stessa dell'istituto in esame non sembri agevolmente riconducibile a quella tipica delle ADR.

Si è altresì anticipato che alcuni dubbi potrebbero sorgere in ordine alla possibilità stessa per il Governo di introdurre un'innovativa forma di ADR a fronte di una delega legislativa che si limitava a contemplare un mero intervento di *razionalizzazione* delle forme di ADR esistenti.

Non rappresenta evidentemente una novità di sistema l'istituto della *transazione* (art. 208), che era già disciplinato dall'art. 239 del previgente "Codice" e che, prima ancora, era stato regolato - sia pure solo *in nuce* - dal Regolamento di contabilità dello Stato n. 2440 del 1923 (6).

Secondo un diffuso orientamento, l'istituto in esame rappresenta un corollario della generale capacità negoziale della P.A. (7), il che deporrebbe nel senso di riconoscere valenza tendenzialmente generale al suo ambito di applicazione.

Ma se le cose stanno in tal modo, allora risulta di indubbio interesse la previsione di cui al comma 1, secondo cui la possibilità di risolvere una controversia a mezzo di transazione sussiste "solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi".

La disposizione sembra dunque imporre - affinché risulti legittimo il ricorso alla transazione - una sorta di motivazione rafforzata "in negativo" la quale dia conto dell'inutilizzabilità di ulteriori e diverse modalità di risoluzione (in ipotesi più onerose della stessa transazione).

Solo alcune notazioni verranno qui dedicate al riformato istituto *dell'arbitrato* (art. 209), finalizzato - come in passato - alla risoluzione "[di] controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici relative a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee" (8).

La novella codicistica risponde alla finalità (impressa dalla lettera *aaa*) della legge di delega) di ammettere forme di risoluzione arbitrale, ma "[escludendo] il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative".

Per evidenti ragioni di sintesi, ci si limita qui a rilevare che le principali novità del nuovo "Codice" per ciò che riguarda la disciplina dell'istituto arbitrale consistano:

- nell'ampliamento del suo possibile ambito oggettivo di esplicazione (viene ora prevista la devolvibilità ad arbitri anche delle controversie aventi ad oggetto appalti e concessioni in cui sia parte società a partecipazione pubblica, ovvero controllate o collegate a tali società, "o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici");

- nella specificazione del suo carattere solo eccezionale (rafforzato dalla previsione della ricusabilità dell'istituto da parte del privato);

- nella tendenziale sottrazione delle principali decisioni relative all'istituzione e al funzionamento del Collegio alle Parti e alla devoluzione ad un Organo terzo (la Camera arbitrale di cui al successivo art. 210);

- nell'individuazione di meccanismi volti ad assicurare maggiore trasparenza alle conseguenze economiche connesse alla devoluzione della controversia ad arbitri (es.: in tema di liquidazione dei compensi ai membri del Collegio).

(In particolare) le nuove raccomandazioni vincolanti di cui all'art. 211

Gli aspetti di maggiore interesse (e problematicità) connessi alla nuova disciplina codicistica delle ADR sono rinvenibili nell'art. 211, rubricato "*Pareri di precontenzioso dell'ANAC*").

Va premesso al riguardo che la *rubrica legis* non risulta in questo caso particolarmente perspicua (ed anzi è idonea ad introdurre profili di incertezza applicativa) in quanto il solo comma 1 è dedicato al-

(6) Sul punto, sia consentito rinviare a C. Contessa, *Commento all'articolo 208*, in: C. Contessa - D. Crocco (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni commentato*, cit.

(7) In tal senso: P. Chirulli - P. Stella Richter, *Transazione*

(dir. amm.), in: *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV, 813 ss.

(8) Anche in questo caso sia consentito richiamare C. Contessa, *Commento all'articolo 209*, in: C. Contessa - D. Crocco (a cura di), *op. ult. cit.*

la disciplina dei *pareri di precontenzioso* in senso proprio.

Al contrario, il comma 2 disciplina il diverso istituto delle *raccomandazioni vincolanti* dell'ANAC che non rappresenta un'evoluzione logica né necessaria dei pareri di precontenzioso disciplinati al comma precedente.

Anzi, il comma 2 riferisce la possibilità per l'ANAC di adottare raccomandazioni vincolanti nell'intero ambito dell'*esercizio delle proprie funzioni* (e non nel più ristretto novero di ipotesi in cui la stessa Autorità può adottare pareri di precontenzioso).

Ebbene, per quanto riguarda in particolare il comma 1, esso riprende un istituto (quello dei pareri di precontenzioso dell'Autorità di settore) che era già noto alla disciplina previgente (9), ma ne declina gli ambiti operativi in modo talmente innovativo da far dubitare circa la stessa effettiva coincidenza oggettiva con il nuovo istituto (e al di là, naturalmente, della mera coincidenza terminologica).

Come si è osservato in dottrina, anzi, l'articolo in esame introduce nell'ordinamento un'innovativa ipotesi di parere facoltativo, ma a carattere vincolante (10) ("Su iniziativa della stazione appaltante o di una delle altre parti, l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara (...) il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito").

Anche in questo caso, quindi, vien fatto di interrogarsi in ordine all'effettiva compatibilità fra un istituto dai caratteri oggettivamente innovativi e i limiti della legge delega la quale, al contrario, demandava al Governo il solo compito di procedere alla razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale.

I primi osservatori si sono interrogati in ordine all'effettiva valenza della previsione secondo cui il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi del (rinnovellato) art. 120 c.p.a.

Nulla quaestio, evidentemente, per il caso in cui l'impugnativa sia proposta dal soggetto privato: è evidente al riguardo che la possibilità di proporre ricorso in sede giurisdizionale si configuri come ordinario corollario del principio di pienezza ed effettività della tutela di cui all'art. 24, Cost.

Una valutazione a parte deve essere fatta per l'ipotesi di possibile impugnativa da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

Alcuni fra i primi osservatori (11) hanno rilevato che tale possibilità, pur se ammissibile in via di principio, dovrebbe in concreto essere esclusa alla luce del principio di leale collaborazione fra le istituzioni pubbliche (alla luce di tale principio, infatti, sembrerebbe incongruo che la stessa amministrazione che ha richiesto il parere - vincolante - dell'ANAC insorga poi avverso il parere infine reso conformemente alla sua richiesta).

Ad avviso di chi scrive, pur comprendendosi le ragioni sottese a tale impostazione, appare maggiormente persuasiva la tesi volta ad ammettere l'impugnabilità del parere vincolante *anche* da parte dell'amministrazione, al precipuo fine di evitare il formarsi aree di *esclusione o limitazione della tutela giurisdizionale* avverso atti della pubblica amministrazione (quale è e resta l'Autorità di settore), in evidente contrasto con il principio di cui all'art. 113, comma 2, Cost.

Solo alcune osservazioni saranno qui svolte in relazione all'innovativo istituto delle *raccomandazioni vincolanti* che l'ANAC può rivolgere all'amministrazione laddove "nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara" (comma 2 dell'art. 211).

In estrema sintesi la disposizione in esame stabilisce che, in siffatte ipotesi: *i*) l'Autorità rivolge all'amministrazione un atto di raccomandazione (vincolante) volto all'esercizio dell'autotutela entro un termine di 60 giorni; *ii*) il mancato adeguamento alla raccomandazione comporta l'irrogazione a carico dell'amministrazione di una sanzione pecuniaria il cui ammontare è posto a carico del dirigente responsabile (12); *iii*) resta comunque salva la possibilità per l'amministrazione di impugnare la raccomandazione in parola ai sensi del rinnovellato art. 120 c.p.a.

La disposizione in esame suscita almeno cinque spunti di riflessione.

In primo luogo ci si domanda se sia davvero compatibile con il *nomen iuris* della *raccomandazione* (la cui valenza è tipicamente connessa al grado di autorevolezza dell'Organo che la esprime e non a una cogenza in senso proprio) un istituto il quale

(9) Art. 6, comma 7, lett. n) del "Codice de Lise".

(10) G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in: www.giustizia-amministrativa.it.

(11) G. Veltri, *op. ult. cit.*, par. 4.1.2.

(12) Viene altresì stabilito che la sanzione incide negativamente sul sistema reputazionale di cui all'art. 36 del nuovo "Codice".

fa derivare addirittura una sanzione pecuniaria a carico del soggetto/organo che se ne sia motivatamente discostato (13).

In secondo luogo ci si domanda se sia effettivamente compatibile con il *principio di stretta legalità* che vi-ge in materia di sanzioni amministrative l'enucleazione di un istituto (quale quello in esame) che non era stato contemplato nell'ambito della legge di delega.

In terzo luogo ci si interroga in ordine all'effettiva condivisibilità sistematica di una disposizione sanzionatoria che individua la condotta antidoverosa (non già nell'adozione di un atto contrastante con la disciplina di settore, bensì) in un atto il quale semplicemente si ponga in contrasto con il (pur autorevole) avviso dell'Autorità di settore.

In quarto luogo ci si interroga in ordine ai rapporti fra l'esercizio di (doverosa) autotutela imposto dalla disposizione in esame e il nuovo art. 21 *nonies*, L. n. 241 del 1990 (il quale, a seguito della novella di cui all'art. 6, L. n. 124 del 2015, stabilisce che l'annullamento d'ufficio non possa ordinariamente intervenire una volta che siano decorsi diciotto mesi dall'adozione dell'atto di cui si discute).

Da ultimo ci si domanda se la previsione secondo cui la raccomandazione può essere impugnata dinanzi al giudice amministrativo conformemente all'art. 120 c.p.a. sia del tutto compatibile con l'orientamento della S.C. secondo il quale, laddove l'esercizio del *ius poenitendi* da parte della P.A. in ordine agli atti di gara intervenga successivamente alla stipula del contratto, la giurisdizione resterà radicata dinanzi al G.O. anche se l'atto di ritiro riguardi un tratto della vicenda anteriore alla stipula (14).

Le novità in tema di contenzioso e il nuovo rito anticipato e accelerato in tema di ammissioni ed esclusioni alle pubbliche gare

All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo "Codice" la dottrina ha dedicato una particolare attenzione alle novità introdotte dall'art. 204 il quale ha inciso in modo notevole sulle previsioni di cui al-

l'art. 120 del c.p.a. in tema di "rito speciale degli appalti" (15).

È stato icasticamente osservato che, con l'articolo in esame, il Governo abbia introdotto "un rito superspeciale, ossia un rito ancora più speciale del rito speciale appalti" (16).

Come si è già altrove avuto modo di osservare (17), le novità introdotte sul punto nel corso del 2016 rappresentano, in ordine di tempo, *la sesta* grande innovazione di sistema in tema di rito degli appalti nell'arco di appena tre lustri.

Probabilmente, piuttosto che un'ulteriore *scossa* di sistema, questo martoriato settore dell'ordinamento avrebbe richiesto un adeguato periodo di *tregua normativa* affinché fossero metabolizzati gli innumerevoli impulsi indotti dall'alluvionale legislazione di settore.

Del resto, se si ha riguardo ai due principali aspetti sui quali ha inciso la novella normativa del 2016 (ci si riferisce al nuovo rito speciale anticipato in tema di ammissioni ed esclusioni e alle novità in tema di tutela cautelare), ci si rende agevolmente conto che la *ratio* di fondo sottesa all'intervento codicistico non sia volta - e al di là delle affermazioni di circostanza - all'accelerazione del rito (che risulta già fra i più celeri nel panorama processuale nazionale), quanto - piuttosto - a modificare *ab imo* la stessa tipologia della risposta di giustizia che sino a tempi recenti è stata fornita dal Giudice amministrativo.

Semplificando in modo estremo i termini della questione può affermarsi che, nella logica del legislatore del 2016, "il miglior ricorso in tema di appalti è quello che non si propone e la migliore ordinanza cautelare è quella che non si emana".

Tanto premesso dal punto di vista generale, è ora possibile passare a un breve esame di dettaglio circa le due principali novità introdotte dall'articolo in esame (con particolare riguardo alla previsione di cui al nuovo comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a.), per poi concludere con l'individuazione di alcuni possibili aspetti di criticità anche di ordine costituzionale.

Per quanto riguarda in particolare l'introduzione del nuovo rito speciale anticipato in tema di ammissioni ed esclusioni dalle gare, si segnala che il

(13) Sul punto, P. Quinto, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici e le 'raccomandazioni vincolanti' di Cantone*, in: www.lexitalia.it, 4/2016.

(14) In tal senso: Cass., SS.UU., 17 dicembre 2008, n. 29425.

(15) Fra i primi contributi dedicati al tema ci si limita qui a richiamare (senza pretesa alcuna di esaustività): G. Severini, //

nuovo contenzioso sui contratti pubblici, in: www.giustizia-amministrativa.it; M. Lipari, *La tutela giurisdizionale*, cit.; G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

(16) G. Veltri, *op. cit.*, 6.

(17) C. Contessa, *Commento all'articolo 204*, in: C. Contessa - D. Crocco (a cura di), *op. ult. cit.*

nuovo comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a. ha ripreso in modo sostanzialmente fedele una previsione (peraltro opinabile) contenuta nella legge di delega (ci si riferisce, in particolare, al criterio *bbb*) il quale ha previsto "l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva").

I primi commentatori della disposizione non hanno mancato di osservare che essa miri a fronteggiare una triplice patologia che ha caratterizzato negli anni più recenti l'evoluzione in tema di contenzioso sugli appalti: *i*) la spasmodica attenzione ai vizi inerenti la fase genetica della partecipazione (con la perpetuazione di un diffuso clima di "caccia all'errore"); *ii*) l'abbassamento del livello generale di certezza quale effetto di un approccio eccessivamente attento alle precondizioni della partecipazione alle gare; *iii*) l'instaurazione di un modello processuale di carattere "retrospettivo", che comporta spesso la caducazione "ex post" dell'intera procedura per vizi afferenti una fase preliminare, con evidente dispendio di risorse economiche e temporali (18).

Ci si domanda, tuttavia, se il rimedio processuale da ultimo individuato risulti il più adeguato a fronteggiare le rilevate criticità senza introdurre di nuove (e di più nocive per il sistema di tutele nel suo complesso).

Ed infatti, l'imposizione *ex lege* dell'immediata proposizione di un ricorso impugnatorio nell'ambito di una fase del tutto preliminare della gara può determinare almeno tre criticità, che si vano qui sinteticamente ad individuare.

In primo luogo, l'imposizione dell'onere di immediata impugnativa risulta del tutto congruo (in linea con le più consolidate acquisizioni in materia)

per il caso dei provvedimenti di *esclusione*, mentre per il caso dei provvedimenti di *ammissione* è assai più difficoltoso individuare il canone della *concretezza e dell'attualità* dell'interesse all'impugnativa (si pensi al caso di una gara con decine di partecipanti e in relazione alla quale sia del tutto incerto individuare effettive *chances* di vittoria in capo all'impresa che si sospetta essere stata illegittimamente ammessa).

In secondo luogo il modello da ultimo delineato introduce una sorta di *fictio iuris* volta ad individuare l'interesse all'impugnativa (*rectius*: l'onere di impugnativa, da soddisfare a pena di decadenza) in un momento in cui è davvero arduo individuare i richiamati caratteri della *concretezza* e dell'*attualità* (è appena il caso di osservare che, fino ad alcuni mesi fa, gli stessi ricorsi che il nuovo "Codice" impone di proporre in via anticipata - e a pena di improponibilità successiva - sarebbero stati dichiarati irrimediabilmente inammissibili, non sussistendo neppure la mera facoltà di proporli) (19);

In terzo luogo, il nuovo obbligo di immediata impugnativa porrà a breve rilevanti problematiche di ordine pratico per ciò che riguarda la piena e tempestiva conoscibilità degli atti relativi all'ammissione alla gara dei concorrenti, che non sembra sia stata adeguatamente modificata in relazione alle nuove disposizioni processuali (basti pensare all'art. 53 del nuovo "Codice" il quale - nel riprendere le previsioni già contenute nel "Codice de Lise" - stabilisce che il diritto di accesso è differito "in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione", laddove la nozione di "offerta" presenta un contenuto quanto mai ampio e polisemico).

Spetterà al Giudice delle leggi (ovvero alla Corte di Lussemburgo) stabilire se la disposizione in esame - di cui è comunque evidente la potenzialità deflattiva del contenzioso in tema di appalti - costituisca o meno un adeguato punto di bilanciamento fra (da un lato) l'esigenza di introdurre misure ragionevolmente limitative di un contenzioso spesso ingiustificato e (dall'altro) l'esigenza di non comprimere oltre misura concomitanti valori di rango sovraordinato quali quelli della pienezza ed effettività della tutela in sede giurisdizionale (20).

(18) G. Severini, *op. ult. cit.*, *passim*.

(19) Come è noto, sino alla vigilia del nuovo "Codice", soltanto a fronte dell'aggiudicazione provvisoria la giurisprudenza ammetteva una mera *facoltà* (e non anche un *onere*) di im-

mediata impugnativa.

(20) C. Contessa, *Commento all'articolo 204*, in C. Contessa - D. Crocco (a cura di), *op. ult. cit.*