

Camera dei deputati

XVII LEGISLATURA

Documentazione per l'esame di
Atti del Governo

Nuovo Codice dei contratti pubblici
Schema di D.Lgs. n. 283

(articolo 1 della legge 28 gennaio 2016, n. 11)

Schede di lettura

n. 282/1

17 marzo 2016

Servizio responsabile:

SERVIZIO STUDI – Dipartimento Ambiente

☎ 066760-9253 – ✉ st_ambiente@camera.it

Ha partecipato alla redazione del *dossier* :

SERVIZIO STUDI SENATO

☎ 066760-2451 – ✉ studi1@senato.it

La documentazione dei servizi e degli uffici della Camera è destinata alle esigenze di documentazione interna per l'attività degli organi parlamentari e dei parlamentari. La Camera dei deputati declina ogni responsabilità per la loro eventuale utilizzazione o riproduzione per fini non consentiti dalla legge. I contenuti originali possono essere riprodotti, nel rispetto della legge, a condizione che sia citata la fonte.

File: am0187a.docx

INDICE

SCHEDE DI LETTURA

| | |
|---|-----|
| ▪ La legge delega | 3 |
| ▪ Oggetto e ambito di applicazione (art. 1) | 5 |
| ▪ Competenze legislative di Stato, regioni e province autonome (art. 2) | 7 |
| ▪ Definizioni (art. 3) | 10 |
| ▪ Esclusioni dall'ambito di applicazione (artt. 4-20) | 13 |
| ▪ Pianificazione e programmazione delle acquisizioni (artt. 21-22) | 27 |
| ▪ Progettazione (artt. 23-27) | 30 |
| ▪ Modalità di affidamento - Principi comuni (artt. 28-34) | 36 |
| ▪ Soglie di rilevanza comunitaria e disciplina dei contratti "sotto soglia" (artt. 35-36) | 42 |
| ▪ Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza (artt. 37-43) | 48 |
| ▪ Procedure di affidamento – Disposizioni comuni (artt. 44-53) | 56 |
| ▪ Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati (articoli 54-58) | 64 |
| ▪ Procedure di scelta per il contraente (artt. 59-65) | 70 |
| ▪ Avvisi, bandi e documenti di gara, inviti e informazioni (artt. 66-76) | 78 |
| ▪ Commissione aggiudicatrice a Albo dei componenti (artt. 77-82) | 86 |
| ▪ Criteri di selezione (art. 83, commi 1-8) | 90 |
| ▪ Soccorso istruttorio (art. 83, comma 9) | 93 |
| ▪ Sistema di premialità-penalità delle imprese (art. 83, comma 10) | 95 |
| ▪ Qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84) | 96 |
| ▪ Documento di gara unico europeo (artt. 85 e 86) | 101 |
| ▪ Mezzi di prova (art. 86) | 102 |
| ▪ Certificazioni di qualità (art. 87) | 103 |
| ▪ Registro <i>e-Certis</i> (art. 88) | 104 |
| ▪ Avvalimento (art. 89) | 105 |
| ▪ Elenchi ufficiali di operatori economici e certificazioni (art. 90) | 111 |
| ▪ Riduzione del numero di candidati e del numero delle offerte (artt. 91 e 92) | 113 |

| | |
|---|-----|
| ▪ Garanzia per la partecipazione alla procedura (art. 93) | 115 |
| ▪ Aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari (artt. 94-99) | 117 |
| ▪ Esecuzione degli appalti (artt. 100-104 e 111) | 126 |
| ▪ Subappalto (art. 105) | 133 |
| ▪ Modifiche, sospensioni, recesso, affidamento e risoluzioni del contratto (artt.106-113) | 137 |
| ▪ Appalti nei settori speciali (artt. 114-139) | 145 |
| ▪ Servizi sociali (artt. 140 e 142-144) | 155 |
| ▪ Appalti nel settore dei beni culturali (artt. 145-151) | 158 |
| ▪ Concorsi di progettazione (artt. 141 e 152-157) | 164 |
| ▪ Servizi di ricerca e sviluppo (art. 158) | 168 |
| ▪ Appalti e procedure in materia di difesa e sicurezza (artt. 159-161) | 169 |
| ▪ Contratti segreti (art. 162) | 172 |
| ▪ Somma urgenza e protezione civile (art. 163) | 174 |
| ▪ Contratti di concessione (artt. 164-178) | 176 |
| ▪ Partenariato pubblico-privato (articoli 179-191) | 188 |
| ▪ Affidamenti <i>in house</i> (articoli 192-193) | 198 |
| ▪ Contraente generale (artt. 194-199) | 201 |
| ▪ Infrastrutture e insediamenti prioritari (artt. 200-203) | 207 |
| ▪ Le disposizioni sul contenzioso (artt. 204-211) | 215 |
| ▪ Governance (artt. 212-215) | 219 |
| ▪ Disposizioni transitorie, di coordinamento e finali (artt. 216-219) | 229 |

Schede di lettura

La legge delega

La legge 28 gennaio 2016, n. 11 delega il Governo ad attuare la nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici e concessioni, attraverso il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, e a procedere a un complessivo riordino della normativa vigente sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In particolare, il comma 1, alinea, delega il Governo ad adottare - nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, che reca norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea e nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi specifici elencati nelle lettere da a) a sss) -due decreti legislativi per conseguire, rispettivamente, le seguenti finalità:

- **l'attuazione delle direttive**, il cui termine per l'adozione è fissato al 18 aprile 2016, corrispondente al termine fissato dalle direttive europee per il loro recepimento;

- **il riordino complessivo della disciplina vigente** in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Il termine per l'adozione di tale decreto è fissato al 31 luglio 2016.

Resta ferma la facoltà per il Governo di adottare entro il 18 aprile 2016 un unico decreto legislativo.

Lo schema di decreto in esame condensa in **unico provvedimento** le finalità legate al recepimento delle direttive e al riordino della normativa vigente. Il **termine per l'adozione** del provvedimento è, pertanto, **il 18 aprile 2016**.

Relativamente alle modalità e alle procedure per l'esercizio della delega, il comma 3 prevede che il Consiglio di Stato e la Conferenza unificata si pronunciano entro venti giorni dalla trasmissione degli schemi dei decreti legislativi e che gli schemi dei decreti sono contestualmente trasmessi alle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che si pronunciano entro trenta giorni dalla trasmissione medesima. Decorso inutilmente i predetti termini i decreti possono essere comunque adottati anche in assenza dei pareri.

Ove il parere delle Commissioni parlamentari indichi specificamente talune disposizioni come non conformi ai principi e criteri direttivi, il Governo, con le proprie osservazioni e con eventuali modificazioni, ritrasmette il testo alle Camere per il parere definitivo delle Commissioni parlamentari competenti, da esprimere entro quindici giorni dall'assegnazione; decorso inutilmente tale termine il decreto legislativo può essere comunque emanato.

Lo schema di decreto legislativo contiene 219 articoli e 25 allegati.

Lo schema di decreto, secondo quanto prevede la legge delega, provvede all'abrogazione del d.lgs. 163/2006, recante il Codice dei contratti pubblici, e del regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice (D.P.R. 207/2010). In luogo della disciplina regolamentare, infatti, la legge delega prevede l'emanazione di linee guida di carattere generale, proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere.

Si ricorda che il D.Lgs. 163/2006 si compone di 274 articoli e 22 allegati (uno dei quali, il XXI, particolarmente dettagliato, consta di 38 articoli).

Il relativo regolamento di attuazione (D.P.R. 207/2010) è costituito da 359 articoli e 15 allegati.

Oggetto e ambito di applicazione (art. 1)

L'articolo 1 definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione del nuovo Codice, stabilendo che lo stesso disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.

Lo stesso articolo elenca poi una serie di **particolari tipologie di contratti soggetti all'applicazione del nuovo Codice**, che vengono mutuati dall'art. 32 del D.Lgs. 163/2006.

Con riferimento alle lettere a) e b) del comma 2 si fa notare che tali disposizioni trovano corrispondenza non solo nell'art. 32 del Codice, ma recepiscono anche il dettato dell'art. 13 della direttiva 2014/24/UE.

In particolare si sottolineano le disposizioni di cui:

- alla lettera a), relativa agli appalti di lavori (di edilizia relativi a uffici pubblici, scuole, ospedali, impianti sportivi e ricreativi e di genio civile), di importo superiore ad 1 milione di euro, sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% da amministrazioni aggiudicatrici. La soglia di 1 milione di euro riproduce quella prevista dall'art. 32, comma 1, lettera d), del Codice vigente, mentre l'art. 13 della citata direttiva fa riferimento alla soglia di rilevanza europea, vale a dire 5,225 milioni di euro;
- alla lettera f), relativa ai lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo, totale o parziale, del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire. In questa sede ci si limita ad osservare che il disposto della lettera f) non apporta variazioni sostanziali alla norma contenuta nella lettera g) del comma 1 dell'art. 32 del D.Lgs. 163/2006, ad eccezione dell'ampliamento delle fattispecie considerate, da cui può derivare l'esecuzione delle opere in questione. La disposizione in esame, infatti, non contempla solo il caso (attualmente previsto dal testo vigente) di opere realizzate da privati titolari del permesso di costruire, ma fa riferimento anche ad "altri titoli abilitativi". Viene altresì introdotta la fattispecie alternativa di privati che "eseguono dette opere in regime di convenzione".

Poiché già la norma vigente fa riferimento all'art. 16, comma 2, del D.P.R. 380/2001 (che disciplina il permesso di costruzione) e all'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942 (che disciplina la convenzione di lottizzazione), l'estensione operata dalla lettera in esame potrebbe essere finalizzata a ricomprendere la nuova fattispecie del "permesso di costruire convenzionato", disciplinato dall'art. 28-bis del D.P.R. 380/2001 (inserito nel T.U. edilizia dall'art. 17, comma 1, lett. q), del D.L. 133/2014, c.d. decreto sblocca Italia).

Con riferimento alla citata convenzione di lottizzazione si ricorda che, sempre per effetto del recente intervento operato con il D.L. "sblocca Italia", la relativa attuazione è anche possibile per stralci funzionali.

L'art. 17, comma 4, del D.L. 133/2014 ha infatti inserito un nuovo comma all'art. 28 della L. 1150/1942 secondo cui "L'attuazione degli interventi previsti nelle convenzioni di cui al presente articolo ovvero degli accordi similari comunque denominati dalla legislazione regionale, può avvenire per stralci funzionali e per fasi e tempi distinti. In tal caso per ogni stralcio funzionale nella convenzione saranno quantificati gli oneri di urbanizzazione o le opere di urbanizzazione

da realizzare e le relative garanzie purché l'attuazione parziale sia coerente con l'intera area oggetto d'intervento".

Poiché i lavori in questione sono disciplinati anche dall'art. 36 dello schema in esame, si rinvia l'ulteriore trattazione al sottoparagrafo "Le opere di urbanizzazione a scomputo" del paragrafo "Soglie di rilevanza comunitaria e disciplina dei contratti "sotto soglia" (artt. 35-36)".

Nel recepire l'articolo 15 della direttiva 2014/24/UE, il comma 6 dell'articolo in esame assoggetta alle disposizioni del Codice i **contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza**, ad eccezione dei contratti che rientrano nell'ambito di applicazione del D.Lgs. 208/2011 (con cui è stata recepita la direttiva 2009/81/CE relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza) e a quelli ai quali il citato decreto non si applica in virtù dell'articolo 6 del medesimo decreto (tra cui in particolare quelli relativi a contratti con esigenze di riservatezza per questioni attinenti alla sicurezza).

È altresì prevista l'**emanazione, da parte del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, d'intesa con l'ANAC, di direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero**, tenuto conto dei principi fondamentali del nuovo Codice e delle procedure applicate dall'UE e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte (comma 7).

Si tratta di una disposizione che riproduce sostanzialmente il contenuto dell'art. 5, comma 6, del D.Lgs. 163/2006, il quale però demanda tale disciplina al Regolamento di attuazione (D.P.R. 207/2010). Tale diversa modalità di regolamentazione è motivata dal nuovo impianto di strumenti regolatori previsto dalla legge delega (L. 11/2016), che non contempla più l'emanazione di un regolamento di attuazione.

Vengono inoltre **fatte salve** (dal comma 9) tutte le speciali **disposizioni vigenti** in materia **per** le amministrazioni, **gli organismi** e gli organi dello Stato **dotati di autonomia finanziaria e contabile**.

Si tratta di una disposizione che non sembra trovare corrispondenze nel testo del Codice vigente.

Competenze legislative di Stato, regioni e province autonome (art. 2)

Il comma 1 stabilisce che le **Regioni** esercitano la **potestà normativa** relativamente alle materie recate nello schema di decreto legislativo nel rispetto dei **vincoli derivanti dall'ordinamento europeo** e delle **disposizioni riconducibili alle materie di competenza dello Stato**.

Il disposto dell'art. 2 riprende in parte quello del vigente articolo 4 del d.lgs. 163/2006.

Con riferimento al rispetto delle disposizioni relative a materie di competenza dello Stato, si segnala che la disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni rientra nell'ambito delle competenze statali in quanto strettamente connessa alla finalità di assicurare la tutela della concorrenza, nonché alla materia "ordinamento civile" (ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, lettere e) e l)).

In proposito, occorre preliminarmente osservare che la Corte costituzionale già con la sentenza n.303 del 2003 – pronunciandosi con riferimento ad alcune disposizioni della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive), cosiddetta legge obiettivo - chiarisce che "la mancata inclusione dei "lavori pubblici" nella elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti".

Il riparto delle competenze tra Stato e regioni nell'ambito in esame è stato oggetto della sent. n.401 del 2007. In quella sede la Corte costituzionale - pronunciandosi su alcune disposizioni contenute nel decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) - ribadisce la natura trasversale della tutela della concorrenza, rilevando "come la tutela della concorrenza - se si eccettuano, in particolare, gli aspetti della specifica normativa antitrust diretta a reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese - abbia natura trasversale, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di «una funzione esercitabile sui più diversi oggetti». Inoltre asserisce la prevalenza della legislazione statale su quella regionale in materia, con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica: "Nello specifico settore degli appalti deve (...) ritenersi che la interferenza con competenze regionali si atteggia, in modo peculiare, non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa. Ne consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti e secondo le modalità di seguito precisati, dal legislatore statale". Anche con riferimento alla fase successiva alla stipulazione del contratto, relativa all'attuazione del rapporto contrattuale, la Corte costituzionale riconosce la competenza statale esclusiva, e in questo caso la fonda sull'articolo 117, secondo comma, lettera l), in materia di ordinamento civile (segnalando l'esigenza che sia assicurata la necessaria uniformità di trattamento dei rapporti civili sull'intero territorio nazionale).

A tale indirizzo la Corte costituzionale si è conformata in successive sentenze, a partire dalla n.431 del 2007, in cui i giudici costituzionali, dopo aver operato una ricostruzione della prevalenza della legislazione statale per la tutela della concorrenza nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, riconoscono alle regioni la facoltà di adottare disposizioni pro-concorrenziali, cioè volte a favorire le dinamiche concorrenziali, "purché tali effetti, connessi alla specificità dei settori disciplinati, siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza". Si vedano anche le sentenze nn. 320 e 322 del 2008 e, più di recente, la n. 97 del 2014.

Il comma 2 contiene disposizioni specifiche per l'attuazione della disciplina codicistica da parte delle regioni a statuto speciale e dalle province autonome di Trento e di Bolzano. Si prevede al riguardo che detti enti territoriali adeguino la loro legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione, precisando che le **disposizioni dello schema di decreto legislativo in esame costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale**.

La Corte costituzionale si è in più occasioni pronunciata sulla questione del riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni e Province ad autonomia speciale titolari di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale.

In proposito, la Corte costituzionale - pronunciandosi in ordine all'illegittimità di alcune norme della legge della regione Friuli-Venezia Giulia n.12 del 2010 riguardanti misure di accelerazione di lavori pubblici - chiarisce che le norme del Codice degli appalti costituiscono norme fondamentali di riforme economico sociali e come tali sono idonee a costituire un limite alla legislazione primaria delle regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano.

Ancora, nella sentenza n.328 del 2011, relativa ad un giudizio di legittimità riguardante la legge della Regione Sardegna n.14 del 2002 sul sistema di qualificazione regionale delle imprese per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici regionali, la Corte ritiene che, in presenza delle specifiche attribuzioni statutarie, la Regione a statuto speciale è tenuta ad esercitare la propria competenza legislativa primaria «in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali [...], nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali» e, nel dettare la disciplina dei contratti di appalto riconducibili alla suindicata locuzione, è tenuta ad osservare le disposizioni di principio contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006. In particolare, le disposizioni del Codice degli appalti, per la parte in cui sono correlate all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., ed in specie alla materia «tutela della concorrenza», vanno, infatti, «ascritte, per il loro stesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea» (sentenza n. 144 del 2011), che costituiscono limite alla potestà legislativa primaria della Regione. La legislazione regionale deve, quindi, osservare anche i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza, fissati dal d.lgs. n. 163 del 2006, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie, e non può avere un contenuto difforme dalle disposizioni di quest'ultimo, che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello

europeo, né quindi alterare il livello di tutela garantito dalle norme statali (sentenze n. 144 del 2011; n. 221 e n. 45 del 2010)".

Definizioni (art. 3)

L'articolo 3 contempla un insieme di definizioni decisamente più ampio rispetto a quello incluso nel testo vigente del Codice. In parte le nuove definizioni derivano dal recepimento delle nuove nozioni introdotte dalle direttive, in parte si tratta invece di adeguamenti dell'ordinamento interno, anche al fine di tener conto della legislazione nazionale intervenuta *medio tempore*.

Tra le nuove definizioni che derivano dalle disposizioni delle direttive da recepire, si ricordano in particolare la nuova nozione di "**concessione**" (di cui alle lettere uu) e vv), relative rispettivamente alla concessione di lavori e alla concessione di servizi), che si caratterizza soprattutto per l'assunzione del "**rischio operativo**" (la cui definizione è introdotta alla lettera zz) dell'articolo in esame), in linea con quanto previsto dall'art. 5, numero 1), della direttiva sulle concessioni (direttiva 2014/23/UE), nonché quella di "**joint venture**", intesa come "l'associazione tra due o più enti, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale o finanziaria" (lettera h), funzionale alle disposizioni, dettate dagli articoli 6 e 7 dello schema in esame, relative a tali associazioni); di "**documento di gara**" (lettera ooo) dell'articolo in esame) e di "**ciclo di vita**" (di cui alla lettera hhhh)).

Nuove definizioni sono inoltre inserite per tener conto della normativa nazionale intervenuta più o meno recentemente. E' il caso ad esempio della definizione di "**soggetto aggregatore** (lettera n)), inteso come la centrale di committenza iscritta nell'elenco dei soggetti aggregatori istituito dall'art. 9, comma 1, del D.L. 66/2014.

Rilevante anche la modifica alla definizione, già presente nel testo vigente, di "**partenariato pubblico privato**" (PPP). La nuova nozione appare più chiara nel definire il contratto di PPP come quel "contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori, servizi o disponibilità di beni immobili ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo per l'investimento e per la gestione dei lavori oggetto del contratto, un canone o altra utilità correlati alla disponibilità dell'opera o alla prestazione dei servizi, con assunzione di rischio...". Connessi a tale nuova definizione sono i concetti di "**rischio di costruzione**", "**rischio di disponibilità**" e "**rischio di domanda**" (definiti dalle lettere aaa), bbb) e ccc) dell'articolo in esame).

In base all'art. 180, comma 3, infatti, nel contratto di PPP "il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera".

Rispetto al testo vigente sembra scomparire l'elencazione dei contratti che appartengono al novero delle operazioni di PPP. In realtà tale elenco è ricollocato al comma 8 dell'art. 180.

Si osserva che la definizione di PPP andrebbe coordinata con quella contenuta nel comma 1 dell'art. 180.

Ulteriori nuove definizioni sono quelle di **“lavori complessi”** (intesi, dalla lettera oo), come i lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali) e (secondo quanto previsto dalle lettere qq) ed rr)) di **“lotto funzionale”** e **“opere pubbliche incompiute”**.

Riguardo alla definizione di “lotto funzionale” vengono ripresi i tre requisiti già previsti nella normativa vigente, vale a dire quelli di “funzionalità, fruibilità e fattibilità” di ciascun lotto.

La definizione di “opere incompiute” fa invece riferimento al censimento delle opere incompiute avviato dall'art. 44-*bis* del D.L. 201/2011, in attuazione del quale è stato emanato il D.M. 13 marzo 2013, n. 42 “Regolamento recante le modalità di redazione dell'elenco-anagrafe delle opere pubbliche incompiute”.

Altre nuove definizioni sono quelle di: **“microimprese, piccole e medie imprese” (MPMI)**, “mercato elettronico”, “strumenti di acquisto” e “strumenti di negoziazione” (contenute nelle lettere aa), bbbb), cccc) e dddd) dell'articolo in esame).

Con l'espressione **“mercato elettronico”** si intende, ai sensi della lettera bbbb), uno strumento di acquisto e di negoziazione che consente **acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo** basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica.

Si ricorda che nel testo vigente del D.Lgs. 163/2006 l'unico riferimento al mercato elettronico (della pubblica amministrazione, indicato con l'acronimo MEPA) è contenuto nell'art. 11, che rinvia alla disciplina contenuta nell'art. 328 del D.P.R. 207/2010, che regola il mercato elettronico per gli acquisti “sotto soglia”.

La definizione testé riportata richiama quelle di “strumenti di acquisto” e “strumenti di negoziazione” recati dalle lettere successive.

Ai sensi della lettera cccc) sono **strumenti di acquisto** queglii “strumenti di acquisizione che non richiedono apertura del confronto competitivo”.

La medesima lettera chiarisce che rientrano tra gli strumenti di acquisto:

- le convenzioni quadro (previste dall'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488) stipulate, ai sensi della normativa vigente, da CONSIP S.p.A. e dai soggetti aggregatori;

- gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza quando gli appalti specifici vengono aggiudicati senza riapertura del confronto competitivo;
- il mercato elettronico realizzato da centrale di committenza nel caso di acquisti effettuati a catalogo.

Si fa notare come tale definizione presenti problemi di “circolarità”: per definire il mercato elettronico si rinvia agli strumenti di acquisto, per delimitare i quali si richiama la nozione di mercato elettronico.

In base alla successiva lettera dddd) sono **strumenti di negoziazione** gli “strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di negoziazione:

- gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza nel caso in cui gli appalti specifici vengono aggiudicati con riapertura del confronto competitivo;
- il sistema dinamico di acquisizione realizzato da centrali di committenza;
- il mercato elettronico realizzato da centrali di committenza nel caso di acquisti effettuati attraverso confronto concorrenziale;
- i sistemi realizzati da centrali di committenza che comunque consentono lo svolgimento delle procedure ai sensi del presente Codice.

La definizione di “**impresa collegata**” (di cui alla lettera z) non è invece nuova, ma risulta da una riformulazione e da un ampliamento del concetto esplicitato dall’art. 149, comma 4, del D.Lgs. 163/2006.

Esclusioni dall'ambito di applicazione (artt. 4-20)

Gli articoli da 4 a 20, che costituiscono il titolo II della parte I del Codice, elencano le fattispecie escluse, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del Codice.

Si ricorda, in proposito, che il **criterio di delega di cui alla lettera n)** prevede l'individuazione dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del decreto di recepimento delle direttive e del decreto di riordino in coerenza con quanto previsto dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Principi relativi all'affidamento dei contratti esclusi (art. 4)

L'**articolo 4**, riprendendo le disposizioni dell'art. 27, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, dispone che l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del nuovo Codice, deve comunque avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

"In house" (art. 5)

L'**articolo 5** reca i principi comuni in materia di esclusione, dall'ambito di applicazione del codice in commento, di una concessione o di un appalto pubblico aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato.

Il comma 1 enumera le **condizioni** che devono essere **contestualmente soddisfatte** ai fini di detta esclusione e che consentono di ricorrere all'affidamento *in house*:

- un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore deve esercitare sulla persona giuridica un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi (lett. a);
- **oltre l'80 per cento** delle attività della persona giuridica controllata devono essere effettuate 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 (lett. b).

L'art. 12, paragrafo 1, lett. b), (e, per il controllo congiunto, l'art. 12, paragrafo 3, lett. b)) della direttiva 2014/24/UE prevede che una delle condizioni che giustificano l'affidamento *in house* sia la seguente: "oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi".

Il Consiglio di Stato ha rilevato - nel parere n. 298/2015- che, con detta disposizione, il legislatore europeo ha offerto una precisa quantificazione del requisito che la giurisprudenza era solita definire come "parte più rilevante dell'attività svolta".

Il paragrafo 5 del citato art. 12 indica anche le modalità di calcolo dell'80% di fatturato.

- nella persona giuridica controllata non deve esservi alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata (lett. c).

Si rileva che, nella lettera c) in esame, a differenza che nell'art. 12, paragrafo 1, lett. c), della direttiva 2014/24/UE, non si specifica che le forme di partecipazione di capitali privati ammesse devono essere "prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati". Tale specificazione compare, invece, al successivo comma 3.

Il comma 2 reca la **definizione di controllo analogo**, vale a dire della prima delle condizioni poste dal comma 1: 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. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore (cd. *in house* "a cascata").

Il comma 3 prevede che il codice in esame non si applichi, qualora sussistano le condizioni di cui al comma 1, anche nei casi in cui:

- 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 controllante (cd. *in house* "capovolto");
- una persona giuridica controllata aggiudica un appalto o una concessione ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore (cd. *in house* "orizzontale").

Il comma 3 recepisce l'art. 12, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE.

Il comma 4 estende l'applicazione del comma 1 anche alla ipotesi di **controllo congiunto** di due o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori su una persona giuridica. Le condizioni in presenza delle quali si realizza il controllo congiunto sono definite dal successivo comma 5:

- gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

- le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica;
 - la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.
- I commi 4 e 5 recepiscono l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE.

Il comma 6 esclude dall'applicazione del codice in commento gli **accordi tra due o più amministrazioni** che soddisfino contestualmente le seguenti condizioni:

- l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune (lett. a);
- l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico (lett. b);
- le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione (lett. c).

Il comma in esame - che recepisce il paragrafo 4 dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE - non costituisce una ipotesi di *in house*, ma disciplina la cd. cooperazione pubblico-pubblico.

Sia l'*in house* che la cooperazione pubblico-pubblico costituiscono, tuttavia, modelli di organizzazione dell'attività in deroga all'affidamento con procedure ad evidenza pubblica, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice decide di non esternalizzare il lavoro, servizio o fornitura, ma di delegarlo a una sua *longa manus (in house)* oppure di svolgerlo in cooperazione con un'altra amministrazione aggiudicatrice per soli interessi pubblici.

I commi 7 e 8 stabiliscono le modalità di calcolo della percentuale di attività (80 per cento) che la persona giuridica controllata - 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 - deve superare al fine di realizzare una delle condizioni che esonerano dall'applicazione del codice in commento. Le medesime modalità di calcolo valgono anche per determinare la percentuale (20 per cento) di attività svolte sul mercato aperto, che le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori non possono superare, nell'ambito della loro cooperazione, per realizzare una delle condizioni poste dal comma 6.

I commi 7 e 8 recepiscono l'art. 12, paragrafo 5, della direttiva 2014/24/UE.

Joint venture e imprese collegate (artt. 6-7)

L'**articolo 6**, che recepisce le disposizioni comuni alle direttive 2014/25/UE (artt. 30 e 31) e 2014/23/UE (artt. 14 e 15), prevede - in deroga all'articolo 5 - un

regime specifico per l'**esclusione** dall'ambito di applicazione del codice **delle concessioni e degli appalti, aggiudicati, nei settori speciali, ad una *joint venture***.

Le **condizioni** per l'applicazione della deroga sono fissate dal comma 1, in base al quale la *joint venture* deve essere stata costituita per svolgere le attività oggetto dell'appalto o della concessione per un periodo di almeno tre anni e l'atto costitutivo deve prevedere che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte almeno per un periodo di pari durata.

Il comma 2 elenca le **informazioni** che gli enti aggiudicatori devono notificare alla Commissione europea, su richiesta della stessa, per comprovare - ai sensi del comma 3 - la circostanza che le relazioni tra l'ente aggiudicatore e l'impresa o la *joint venture* cui gli appalti o le concessioni sono aggiudicati, soddisfano i requisiti di cui all'articolo in esame e all'articolo 7, relativo agli appalti e concessioni aggiudicati ad un'impresa collegata. Le suddette informazioni consistono nei nomi delle imprese o *joint venture* interessate, oltre che nella natura e nel valore degli appalti e delle concessioni considerati.

L'**articolo 7**, comma 1, che recepisce le disposizioni del paragrafo 3 dell'articolo 29 della Direttiva 2014/25/UE, in deroga all'articolo 5, **esclude** dall'ambito di applicazione del Codice **le concessioni e gli appalti nei settori speciali aggiudicati da un ente aggiudicatore a un'impresa collegata** o da una *joint venture*, composta esclusivamente da più enti aggiudicatori per svolgere una serie di attività, a un'impresa collegata a uno di tali enti aggiudicatori.

Il **comma 2** precisa che la suddetta deroga vale per appalti e concessioni di servizi e di lavori nonché appalti di forniture, purché almeno l'80 per cento del fatturato totale realizzato in media dall'impresa collegata negli ultimi tre anni, tenendo conto di tutti i servizi, lavori e forniture prestati da tale impresa, provenga dalle prestazioni rese all'ente aggiudicatore o alle altre imprese cui è collegata.

I **commi 3 e 4** vertono sulle modalità di calcolo del fatturato. In particolare, si segnala che il **comma 3**, occupandosi dei casi in cui, a causa della data della costituzione o di inizio dell'attività dell'impresa collegata, il fatturato degli ultimi tre anni non è disponibile; in tal caso, l'impresa ha l'onere di dimostrare in base a proiezioni dell'attività la probabilità circa la realizzazione della soglia percentuale di fatturato necessaria. Altresì, si prevede che se più imprese collegate all'ente aggiudicatore - con il quale formano un gruppo economico - forniscano stessi o simili servizi, forniture o lavori, il calcolo delle percentuali tiene conto del fatturato totale delle prestazioni per servizi o esecuzione di lavori, per ciascuna di tali imprese (**comma 4**).

Con la nozione di gruppo economico si fa riferimento un insieme di soggetti giuridici caratterizzati da un profilo di 'collegamento tra loro' sul piano finanziario ed organizzativo.

Nell'ordinamento italiano, con la riforma del diritto societario il legislatore ha codificato la disciplina dei gruppi nel Codice civile, dove tuttavia non si rinviene una definizione di

'gruppo', bensì si fa riferimento alle espressioni di 'direzione' e 'coordinamento' per indicare il fenomeno del gruppo, con riferimenti ad esso attraverso la nozione di "controllo" (art. 2359 c.c.), mentre una nozione di gruppo è contenuta invece nella legislazione speciale.

In via generale, si è in presenza di un gruppo di imprese nel caso di attività di direzione e coordinamento esercitata da un'impresa nei confronti di altre, consistente anche nell'esercizio di una 'influenza dominante', con istruzioni e direttive impartite, in via periodica o continuativa, alle componenti del gruppo riguardo aspetti di amministrazione, consistendo il coordinamento in un collegamento tra la direzione di tutte i soggetti del gruppo in un'ottica di armonizzazione di attività e di obiettivi realizzativi.

I gruppi economici sono quindi costituiti da aziende che svolgono attività tra loro complementari, integrate od omogenee.

Nella disciplina europea, la locuzione <<gruppo economico>> compare nei considerando di due delle tre direttive che sono oggetto di recepimento mediante il presente schema di decreto legislativo: la Direttiva 2014/23/UE e la Direttiva 2014/25/UE.

Il considerando n. 38 della Direttiva 2014/23/UE inizia nella maniera seguente: << Molti enti aggiudicatori sono organizzati come gruppi economici che possono comprendere una serie di imprese distinte; spesso ciascuna di tali imprese svolge un ruolo specializzato nel contesto generale del gruppo economico>>; analogo riferimento si rinvia nel considerando n. 39 della Direttiva 2014/25/UE, con il riferimento ai <<gruppi economici>>.

Attività direttamente esposte alla concorrenza (art. 8)

L'**articolo 8** esclude dall'ambito di applicazione del provvedimento in esame una serie di attività direttamente esposte alla concorrenza, in attuazione di quanto previsto dagli articoli 7 della Direttiva 2014/24/UE, 34 e 35 della direttiva n. 2014/25/UE e dall'articolo 16 della direttiva 2014/23/UE e dunque interviene su quanto attualmente previsto dal Codice degli appalti, all'articolo 219.

In particolare, l'articolo in esame prevede che **gli appalti strumentali allo svolgimento delle attività** - di cui agli articoli 115-121 - relative al **gas e energia termica, acqua, elettricità, servizi di trasporto, porti e aeroporti, servizi di trasporto, servizi postali, estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi, i concorsi** di progettazione organizzati per il perseguimento di tale attività, nonché le concessioni aggiudicate da enti aggiudicatori **non sono soggetti alle disposizioni contenute nel codice, a condizione che la relativa attività sia direttamente esposta alla concorrenza** su mercati liberamente accessibili.

In particolare, l'**articolo 219** del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce che la disciplina del codice non si applica alle attività di cui agli articoli da 208 a 213 del codice quali:

- gas, energia termica ed elettricità;
- acqua;
- servizi di trasporto;
- servizi postali;
- **prospezione ed estrazione di petrolio**, gas, carbone e altri combustibili solidi;
- porti e aeroporti;

se, nello Stato membro in cui è esercitata l'attività, l'attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

Si osserva che andrebbe valutata l'opportunità di un coordinamento con l'articolo 121 dello schema, che esclude "ope legis" le attività ai fini di prospezione di petrolio e gas naturale, nonché di produzione di petrolio, in quanto attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

Per i settori indicati dall'articolo 8, la valutazione dell'**esposizione alla concorrenza** – ai sensi dello stesso articolo - **viene effettuata dalla Commissione europea**, tenendo conto del mercato delle attività in questione e del mercato geografico di riferimento, sulla base delle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in materia di concorrenza, anche in relazione alle caratteristiche dei prodotti o dei servizi interessati, all'esistenza di prodotti o servizi alternativi considerati sostituibili sul versante della domanda e dell'offerta, ai prezzi e alla presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori di prodotti o servizi in questione.

L'articolo definisce il **mercato geografico di riferimento** – alla base della valutazione dell'esposizione alla concorrenza - quello costituito dal **territorio dove le imprese interessate intervengono nell'offerta e nella domanda di prodotti e di servizi**, nel quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinto dai territori vicini, in particolare per condizioni di concorrenza sensibilmente diverse da quelle che prevalgono in quei territori.

Si osserva che andrebbe verificato il riferimento all'allegato ai mercati liberamente accessibili, considerato che l'allegato IV reca l'elenco degli organismi di diritto pubblico.

Inoltre, quando una determinata attività venga ritenuta direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, **il Presidente del Consiglio dei ministri**, di concerto con il Ministro competente per settore, **può chiedere alla Commissione UE di stabilire che le disposizioni del nuovo codice non si applichino** all'aggiudicazione di appalti o all'organizzazione di concorsi di progettazione per il perseguimento dell'attività in questione, nonché alle concessioni aggiudicate da enti aggiudicatori, informando la Commissione di tutte le circostanze pertinenti.

Servizi aggiudicati in base ad un diritto esclusivo (art. 9)

L'articolo 9 concerne i contratti di servizi aggiudicati in base ad un diritto esclusivo. Le disposizioni recate dall'articolo in esame sono in linea con i dettami dell'articolo 10, paragrafi 1 e 2, della Direttiva 2014/23/UE, dell'articolo 11 della Direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 22 della Direttiva 2014/25/UE.

Ai sensi del comma 1, infatti, le disposizioni dello schema in esame relative ai settori ordinari e ai settori speciali non si applicano agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice, a un'altra amministrazione aggiudicatrice, a un ente che sia amministrazione aggiudicatrice o a un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative o regolamentari o di disposizioni amministrative pubblicate che siano compatibili con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Il comma 2 dell'articolo 9 dispone che il provvedimento non si applica alle concessioni di servizi aggiudicate a un'amministrazione aggiudicatrice o a un ente aggiudicatore o a un'associazione dei medesimi in base a un diritto esclusivo.

Si stabilisce poi che la nuova regolazione non si applica alle concessioni di servizi aggiudicate a un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo che è stato concesso ai sensi del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), di atti giuridici dell'Unione europea e della normativa nazionale recanti norme comuni in materia di accesso al mercato applicabili alle attività di cui all'Allegato II (nonché di cui all'Allegato II della Direttiva 2014/23/UE, alla quale l'allegato dello schema di decreto si conforma), ricalcando la disposizione del comma 1 dell'articolo 10 della Direttiva 2014/23/UE.

Si ricorda che il richiamato articolo 10, par. 1, della Direttiva 2014/23/UE, nel disciplinare le 'Esclusioni riguardanti le concessioni aggiudicate da amministrazioni aggiudicatrici e da enti aggiudicatori', stabilisce che la medesima direttiva non si applichi alle concessioni di servizi aggiudicate a un'amministrazione aggiudicatrice o a un ente aggiudicatore o a un'associazione dei medesimi in base a un diritto esclusivo. In base alla medesima disposizione, la direttiva non si applica, altresì, alle concessioni di servizi aggiudicate ad un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo che è stato concesso ai sensi del TFUE e di atti giuridici dell'Unione recanti norme comuni in materia di accesso al mercato applicabili alle attività di cui all'allegato II.

Il comma 3 dell'articolo 9 stabilisce che, qualora si conceda un diritto esclusivo ad un operatore economico per l'esercizio di una delle attività di cui all'Allegato II, la Cabina di Regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ne informi la Commissione europea entro il mese successivo alla concessione di detto diritto esclusivo.

Occorre rilevare, in proposito, che per la Cabina di Regia il comma 3 dell'articolo 9 fa erroneamente riferimento all'articolo 214 anziché all'articolo 212.

“Settori speciali” (art. 10)

L'**articolo 10**, analogamente a quanto previsto dal vigente art. 31 del D.Lgs. 163/2006 e in linea con il dettato dell'art. 7 della Direttiva 2014/24/UE, prevede che le disposizioni del nuovo Codice relative ai settori ordinari non si applicano

agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività nei c.d. settori speciali (**acqua, energia, trasporti e servizi postali**).

Tali appalti e concorsi sono elencati e disciplinati dalle disposizioni del capo I del Titolo VI della parte II (artt. 114-121), nonché dall'art. 141 che detta "Norme applicabili ai concorsi di progettazione nei settori speciali".

Lo stesso articolo 10 esclude, come chiarisce la relazione illustrativa, anche gli appalti pubblici esclusi dall'ambito di applicazione delle disposizioni relative ai c.d. settori speciali, nonché gli appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice che fornisce servizi postali per il perseguimento di specifiche attività.

La formulazione dell'articolo non è chiara, probabilmente a causa di un refuso (la mancanza di una virgola prima delle parole "appalti pubblici esclusi dall'ambito di applicazione delle disposizioni relative ai settori speciali"), che andrebbe corretto al fine di chiarire le finalità indicate.

Altre esclusioni (artt. 11-18)

Gli articoli 11, 13, 15, 16 e 17 recano disposizioni che riproducono, in buona parte e sostanzialmente, le norme vigenti contenute, rispettivamente, negli articoli 25, 24, 22, 18 e 19 del D.Lgs. 163/2006.

Tali disposizioni prevedono, in linea con le disposizioni delle direttive europee, l'esclusione dall'ambito di applicazione del Codice:

- degli appalti aggiudicati da particolari enti aggiudicatori per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia, relativamente alle disposizioni dei settori speciali (art. 11);
- degli appalti aggiudicati a **scopo di rivendita o di locazione a terzi** relativamente alle disposizioni dei settori speciali (art. 13);
- degli appalti pubblici e dei concorsi di progettazione nei settori ordinari e delle concessioni principalmente finalizzati alla messa a disposizione o alla **gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni** o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di comunicazioni elettroniche (art. 15);
- dei contratti e dei concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati **in base a norme internazionali** (art. 16);
- di una serie di appalti e concessioni di servizi, quali quelli aventi ad oggetto: l'acquisto o la **locazione di terreni e fabbricati**; l'acquisto e la produzione di programmi audiovisivi o radiofonici; i servizi d'arbitrato; **servizi legali** e finanziari; prestiti; contratti di lavoro; servizi di difesa civile e protezione civile identificati con specifici codici; servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana; servizi connessi a campagne politiche aggiudicati da un partito politico (art. 17).

Ulteriori esclusioni, introdotte in attuazione delle disposizioni delle direttive da recepire, riguardano:

- alcune **concessioni del settore idrico**. L'art. 12 (che recepisce il dettato del corrispondente articolo della direttiva 2014/23/UE) esclude dall'applicazione del Codice le concessioni aggiudicate per fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la **produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile** o per alimentare tali reti con acqua potabile, nonché le concessioni (collegate a una delle attività precedenti) riguardanti progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20% del volume totale d'acqua o riguardanti lo **smaltimento/trattamento di acque reflue**;

Con riferimento alle disposizioni dell'art. 12, la relazione illustrativa sottolinea che le esclusioni da esso contemplate consentono di **tener conto “degli esiti del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011** per le concessioni nel settore idrico, in aderenza a quanto previsto dal **criterio di delega** di cui all'articolo 1, **lettera hhh)** della legge n. 11 del 2016”. In proposito, si segnala che l'esclusione delle concessioni del settore idrico è conseguente all'attuazione del criterio di cui alla n), che prevede l'individuazione dei contratti esclusi in coerenza con le direttive. La lettera hhh) fa riferimento alla previsione di criteri per le concessioni indicate nella sezione II del capo I del titolo I della direttiva 2014/23/UE, in cui rientrano quelle nel servizio idrico, nel rispetto dell'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 per le concessioni nel settore idrico

Si ricorda che il referendum popolare, tenutosi il 12 e il 13 giugno 2011, si è pronunciato, in particolare, per l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del D.L. 112/2008, concernente l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Tale articolo era intervenuto sulla disciplina del comparto dei servizi pubblici locali, affermando l'obiettivo di favorire la diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi: a tal fine il principio della gara era stato posto come regola generale degli affidamenti di servizi ed era stata stabilita una specifica normativa in deroga per le fattispecie che "non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato". Nella sentenza 24/2011, con cui è stato dichiarato ammissibile il referendum, la Corte costituzionale ha rilevato, tra l'altro, che "all'abrogazione dell'articolo 23-*bis* ... conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica".

Tralasciando la ricostruzione normativa del settore in questione, occorre ricordare che l'articolo 19 della legge n. 124 del 2015 (recante deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche e pubblicata nella G.U. del 13 agosto 2015) detta principi e criteri direttivi per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale. Il relativo decreto delegato dovrà essere adottato entro dodici mesi dall'entrata in vigore della predetta legge. Tra i principi e i criteri direttivi, per quanto interessa in questa sede, si ricorda che dovrà essere operata una revisione delle discipline settoriali, inclusa pertanto quella del servizio

idrico, ai fini della loro armonizzazione e coordinamento con la disciplina generale in materia di modalità di affidamento dei servizi (lett. i)) e che, con particolare riferimento alle società in partecipazione pubblica operanti nei servizi idrici, si dovrà procedere a una risoluzione delle antinomie normative in base ai principi del diritto dell'UE, tenendo conto dell'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 (lett. c).

- appalti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati per fini diversi dal perseguimento di un'**attività** rientrante nei c.d. settori speciali o per l'esercizio di una tale attività in un Paese terzo, "in circostanze **che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione europea**" (art. 14, che recepisce le norme dell'art. 19 della direttiva 2014/25/UE);
- specifiche esclusioni previste dalla c.d. direttiva concessioni (art. 10, paragrafi 3, 9 e 10 della direttiva 2014/23/UE), relative a **servizi di trasporto basati su una licenza di gestione o di trasporto pubblico di passeggeri**; servizi di lotterie aggiudicati "in esclusiva"; concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori per l'esercizio della loro attività in un Paese terzo, che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'UE (art. 18).

Quanto illustrato in precedenza viene sinteticamente schematizzato nella seguente tabella, in cui vengono evidenziate con sfondo giallo i contratti interamente esclusi dall'ambito di applicazione del Codice:

| | Tipi di contratti | non si applicano (alle condizioni indicate) |
|--------------------------|--|---|
| Art. 5 | <i>In house</i> | le norme del Codice |
| Artt. 6-7 | <i>Joint venture e imprese collegate</i> | le norme del Codice |
| Art. 8 | Appalti strumentali allo svolgimento di attività rientranti nei settori speciali e concorsi di progettazione organizzati per il perseguimento di tale attività, nonché le concessioni aggiudicate da enti aggiudicatori, in caso di attività direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. | le norme del Codice |
| Art. 9, co. 1 | Appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice, a un'altra amministrazione aggiudicatrice, a un ente che sia amministrazione aggiudicatrice o a un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni | le norme relative ai settori ordinari e ai settori speciali |

| | Tipi di contratti | non si applicano (alle condizioni indicate) |
|---|---|--|
| | legislative o regolamentari o di disposizioni amministrative pubblicate che siano compatibili con il TFUE. | |
| Art. 9, co. 2, primo periodo | Concessioni di servizi aggiudicate a un'amministrazione aggiudicatrice o a un ente aggiudicatore di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e), numero 1), punto 1.1 (cioè amministrazione aggiudicatrice o impresa pubblica che svolge un'attività rientrante nei settori speciali) o a un'associazione dei medesimi in base a un diritto esclusivo. | le norme del Codice |
| Art. 9, co. 2, secondo periodo | Concessioni di servizi aggiudicate a un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo che è stato concesso ai sensi del TFUE, di atti giuridici dell'UE e della normativa nazionale recanti norme comuni in materia di accesso al mercato applicabili alle attività di cui all'allegato II. | le norme del Codice |
| Art. 10 | Appalti pubblici e concorsi di progettazione nei settori speciali che sono aggiudicati o organizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività rientranti nei settori speciali e sono aggiudicati per l'esercizio di tali attività; Appalti pubblici esclusi dall'ambito di applicazione delle disposizioni relative ai settori speciali, in forza degli artt. 8, 13 e 15; Appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice che fornisce servizi postali, per il perseguimento di specifiche attività. | le norme relative ai settori ordinari |
| Art. 11 | Appalti aggiudicati da particolari enti aggiudicatori per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia. | le norme relative ai settori speciali |
| Art. 12 | Concessioni nel settore idrico indicate nell'articolo. | le norme del Codice |
| Art. 13, co. 1 | Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, quando l'ente aggiudicatore non gode di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti e quando altri enti possono | le norme relative ai settori speciali |

| | Tipi di contratti | non si applicano (alle condizioni indicate) |
|---------------------------|--|--|
| | liberamente venderlo o darlo in locazione alle stesse condizioni dell'ente aggiudicatore. Il comma 3 dispone che le disposizioni del presente codice relative ai settori speciali non si applicano comunque alle categorie di prodotti o attività oggetto degli appalti di cui al comma 1 considerati esclusi dalla Commissione europea con atto pubblicato nella G.U.U.E. | |
| Art. 14, co. 1 | Appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività rientranti nei settori speciali, o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'UE, e concorsi di progettazione organizzati a tali fini. Il comma 3 dispone che le disposizioni del presente codice relative ai settori speciali non si applicano comunque alle categorie di attività oggetto degli appalti di cui al comma 1 considerati esclusi dalla Commissione europea in elenchi pubblicati periodicamente nella G.U.U.E. | le norme del Codice |
| Art. 15 | Appalti pubblici e concorsi di progettazione nei settori ordinari e concessioni principalmente finalizzati a permettere alle amministrazioni aggiudicatrici la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di comunicazioni elettroniche. | le norme del Codice |
| Art. 16 | contratti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali Il comma 3 dispone che i commi precedenti non si applicano agli appalti, ai concorsi di progettazione e alle concessioni in materia di difesa e di sicurezza di cui al D.Lgs. 208/2011. | le norme del Codice |
| Art. 17 | Appalti e concessioni di servizi indicati nell'articolo (quali quelli aventi ad oggetto: l'acquisto o la locazione di terreni e fabbricati; l'acquisto e la produzione di programmi audiovisivi o radiofonici; i servizi d'arbitrato; servizi legali e finanziari; prestiti; contratti di lavoro; servizi di difesa civile e protezione civile identificati con specifici codici; servizi di trasporto pubblico di | le norme del Codice |

| | Tipi di contratti | non si applicano (alle condizioni indicate) |
|----------------|--|--|
| | passenger per ferrovia o metropolitana; servizi connessi a campagne politiche aggiudicati da un partito politico) | |
| Art. 18 | Concessioni di servizi di trasporto aereo basati su una licenza di gestione o di trasporto pubblico di passeggeri; Concessioni di servizi di lotterie aggiudicati "in esclusiva"; Concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori per l'esercizio della loro attività in un Paese terzo, che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'UE | le norme relative alle concessioni |

Contratti di sponsorizzazione e opere a spese dei privati (artt. 19-20)

Due ipotesi particolari di esclusione sono contemplate dagli articoli 19 e 20.

L'**articolo 19** esclude dall'ambito di applicazione del Codice i **contratti di sponsorizzazione**, dettando al contempo alcune disposizioni atte a disciplinarne alcuni obblighi minimi per le sponsorizzazioni **di importo superiore a 40.000 euro**.

La definizione di "sponsorizzazione", nell'ambito dei beni culturali, è contenuta nel citato art. 120 del D.Lgs. 42/2004, secondo cui "è sponsorizzazione di beni culturali ogni contributo, anche in beni o servizi, erogato per la progettazione o l'attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dell'attività del soggetto erogante. Possono essere oggetto di sponsorizzazione iniziative del Ministero, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali nonché di altri soggetti pubblici o di persone giuridiche private senza fine di lucro, ovvero iniziative di soggetti privati su beni culturali di loro proprietà. La verifica della compatibilità di dette iniziative con le esigenze della tutela è effettuata dal Ministero in conformità alle disposizioni del presente codice". Lo stesso articolo stabilisce che con il contratto di sponsorizzazione sono altresì definite le modalità di erogazione del contributo nonché le forme del controllo, da parte del soggetto erogante, sulla realizzazione dell'iniziativa cui il contributo si riferisce.

Il contratto di sponsorizzazione è stato ufficialmente introdotto nella P.A. dall'art. 43 della legge n. 449/1997 che, coordinato con l'art. 119 del d.lgs. n. 267/2000 sugli enti locali, ha disposto espressamente che le pubbliche amministrazioni, i comuni, le province e gli altri enti locali hanno la facoltà di stipulare tali tipi di contratto con soggetti privati. Dal punto di vista privatistico la sponsorizzazione è un contratto atipico (art. 1322 del Codice civile), a forma libera, di natura patrimoniale (art. 1174), a prestazioni corrispettive (sinallagmatico).

La disciplina dettata dall'articolo in esame sostituisce quella prevista dall'art. 26 del D.Lgs. 163/2006, integrata, per le sponsorizzazioni relative a beni culturali, dalle norme dell'art. 199-*bis* del medesimo decreto.

La nuova disciplina conferma i contenuti principali del vigente art. 26: il limite di 40.000 euro e, nel caso in cui lavori, servizi o forniture siano realizzati/prestati dallo sponsor, sia l'**applicazione delle disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto**, sia l'onere, in capo alla stazione appaltante, di impartire le **prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere e/o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi**.

Della disciplina dettata dall'art. 199-*bis* vengono invece mantenute solo le linee essenziali: **pubblicazione di un avviso di ricerca** (o di ricevimento di una proposta) di sponsor sul sito *web* **per almeno 30 giorni e successiva stipula** che, mentre nell'art. 199-*bis* è regolamentata con una serie di condizioni, secondo il testo in esame può essere il risultato di una **libera negoziazione**, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse.

L'**articolo 20** esclude dall'ambito di applicazione del Codice le **opere pubbliche realizzate a spese del privato**, dettando al contempo alcune disposizioni atte a disciplinare alcuni obblighi minimi in capo all'amministrazione procedente (concernenti la valutazione del progetto di fattibilità, l'indicazione del tempo massimo di realizzazione dell'opera). La disciplina delle conseguenze in caso di inadempimento è demandata alla convenzione.

La disposizione in esame, che non trova corrispondenze né nel testo delle direttive né in quello del Codice vigente, si applica ai casi in cui un'**amministrazione pubblica stipula una convenzione con un soggetto pubblico o privato** che si impegna alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici.

La relazione illustrativa evidenzia che la norma in esame rappresenta una innovazione nell'ordinamento giuridico e disciplina un aspetto relativo alla partecipazione della società civile nello sviluppo delle infrastrutture e delle opere pubbliche nell'ambito della sussidiarietà orizzontale.

Si osserva che andrebbe chiarita la portata applicativa della norma, anche tenuto conto di quanto prevede la lettera f) del comma 2 dell'articolo 1, che applica le disposizioni del Codice ai lavori pubblici da realizzarsi dai privati per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo, e l'articolo 190, che reca disposizioni in materia di baratto amministrativo e sussidiarietà orizzontale.

Pianificazione e programmazione delle acquisizioni (artt. 21-22)

Programmi biennali e triennali di acquisizione (art. 21)

L'articolo 21 disciplina la programmazione dei lavori e dei servizi e delle forniture, prevedendo che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori provvedano all'adozione (e al relativo aggiornamento annuale):

- del **programma biennale degli acquisti di beni e servizi** di importo unitario stimato **non inferiore a 40.000 euro** (per le **acquisizioni di importo superiore al milione di euro** è previsto l'**obbligo di comunicare il relativo elenco al Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori**, v. *infra*);
- del **programma triennale dei lavori pubblici** di importo stimato **non inferiore a 100.000 euro**, in cui devono essere obbligatoriamente **incluse le opere pubbliche incompiute**, ai fini del loro completamento o per l'individuazione di soluzioni alternative.

La relazione illustrativa sottolinea che la norma in esame differisce significativamente rispetto all'analoga previsione in materia di programmazione di cui all'articolo 128 del decreto legislativo n. 163 del 2006, che riguarda però solo la programmazione dei lavori.

Una delle principali differenze oltre all'inserimento delle opere incompiute, secondo la relazione, riguarda le modalità di adozione del programma, che è adottato "in coerenza" con il bilancio e non congiuntamente come previsto dall'art. 128, venendo così "incontro alle diverse tempistiche dei soggetti pubblici che approvano il bilancio e consentendo effettivamente di adottare il programma solo una volta che siano note le risorse disponibili".

Sostanzialmente immutata rispetto al testo vigente è invece la previsione dell'obbligo, per i lavori di importo superiore a 1 milione di euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, di redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Con riferimento alla programmazione biennale degli acquisti di servizi e forniture, si fa notare l' analogia delle disposizioni dettate dall'articolo in esame con quelle del comma 505 della legge di stabilità 2016 (L. 208/2015), *di cui andrebbe valutato un coordinamento*.

Tale comma, in estrema sintesi, prevede, per gli acquisti di beni e servizi di importo stimato superiore a un milione di euro, l'approvazione, entro il mese di ottobre di ciascun anno, di un programma biennale con aggiornamenti annuali che devono essere trasmessi al Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori (previsto dall'articolo 9, comma 2, del decreto-legge n. 66/2014 ed istituito dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 novembre 2014).

Lo stesso comma ha mantenuto fermo, limitatamente agli acquisti di beni e servizi di importo unitario stimato inferiore a 1 milione di euro, quanto previsto dall'articolo 271 del regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici (D.P.R. 207/2010), che prevede la facoltà per ciascuna amministrazione aggiudicatrice di approvare un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo.

L'articolo in esame disciplina le forme di pubblicità dei programmi in questione (prevedendo la pubblicazione sul profilo del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio sui contratti pubblici).

La disposizione in esame prevede l'emanazione, al comma 8, di un **decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti** per la definizione delle modalità di elaborazione ed aggiornamento dei programmi. Per questo motivo nelle more della citata emanazione continuano a rimanere validi i programmi già adottati.

La norma non fissa un termine per l'emanazione del provvedimento.

La relazione illustrativa sottolinea che l'articolo in esame consente di contribuire all'attuazione del **criterio di delega di cui alla lettera bb)**, che prevede la razionalizzazione delle procedure di spesa.

Dibattito pubblico (art. 22)

L'**articolo 22** prevede che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori provvedano alla **pubblicazione, nel proprio profilo del committente, dei progetti di fattibilità** relativi ai grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulla città o sull'assetto del territorio, nonché degli esiti della consultazione pubblica comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i soggetti portatori di interesse.

Per le **grandi opere infrastrutturali aventi impatto rilevante** sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, è inoltre **obbligatorio**, ai sensi del comma 2, **il ricorso alla procedura di dibattito pubblico**, disciplinata dai commi successivi.

Il comma 2, nel rinviare ai commi successivi, richiama anche un inesistente comma 5.

La disciplina del dibattito pubblico prevede, in estrema sintesi, la **convocazione di una conferenza** a cui sono invitati le amministrazioni interessate, e altri portatori di interessi, ivi compresi comitati di cittadini, che abbiano già segnalato agli enti locali il loro interesse, nella quale si definiscono le modalità del dibattito pubblico, che, in ogni caso, **deve concludersi entro 4 mesi**. Gli **esiti del dibattito pubblico** (di cui deve essere data pubblicità *on line*) sono **valutati in sede di predisposizione del progetto definitivo**.

Si fa notare che la **disposizione relativa al dibattito pubblico non è immediatamente operativa**, poiché l'individuazione delle tipologie di opera e delle soglie dimensionali per l'attivazione della procedura di "dibattito pubblico" è demandata ad apposito **decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti**.

La norma non fissa un termine per l'emanazione di tale decreto.

Le disposizioni in esame sembrano finalizzate a dare attuazione ai **criteri di delega di cui alle lettere ppp) e qqq).**

La lettera qqq) prevede, infatti, l'introduzione di forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, la città o sull'assetto del territorio, prevedendo la pubblicazione *on line* dei progetti e degli esiti della consultazione pubblica; le osservazioni elaborate in sede di consultazione pubblica entrano nella valutazione in sede di predisposizione del progetto definitivo". Relativamente alla lettera ppp), si segnala che tale lettera prevede la trasparenza nella partecipazione dei portatori qualificati di interessi nell'ambito dei processi decisionali finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti pubblici e contratti di concessione nonché nella fase di esecuzione del contratto.

Si ricorda che in Francia, secondo le disposizioni della c.d. *Loi Barnier* del 1995, i grandi progetti infrastrutturali di portata nazionale, con un'incidenza rilevante sull'ambiente o sulla gestione del territorio, devono essere oggetto, prima ancora di eventuali procedure di valutazione d'impatto ambientale e di ogni inchiesta pubblica, in un momento temporale dell'elaborazione in cui il progetto può ancora essere modificato del tutto o in parte, di una particolare forma strutturata di "concertazione pubblica", la procedura di "dibattito pubblico".

Il *débat public* ha l'obiettivo di legittimare democraticamente la decisione successiva e permette al *maître d'ouvrage* o all'ente proponente di informare la popolazione e i soggetti interessati sul progetto, ascoltare e ricevere informazioni e suggerimenti su tutti gli aspetti del progetto, aggiungere maggiore chiarezza e nuovi spunti al fine di identificare gli attori da coinvolgere nelle successive fasi della concertazione e gli elementi chiave per eventuali modifiche, sospensioni o ritiro del progetto.

Nella legislazione francese, il compito di decidere sull'opportunità di organizzare il "dibattito pubblico", previo parere dei ministri competenti, è affidato ad un'autorità amministrativa indipendente, la *Commission nationale du débat public* (CNDP). Dalla data di apertura - pubblicata insieme al calendario dei lavori - il dibattito pubblico francese deve concludersi entro quattro mesi.

Una specifica disciplina sul dibattito pubblico non esiste nella legislazione nazionale (un tentativo di inserirla è attualmente contenuto nel disegno di legge n. 1845, il cui esame è stato avviato dall'8ª commissione del Senato), mentre un articolato esempio si ritrova nella legislazione regionale toscana: la legge regionale n. 46/2013 (recante "Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali") consta di ben 32 articoli e, in linea con il modello francese testé illustrato, prevede l'istituzione dell'Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione.

Progettazione (artt. 23-27)

Livelli progettuali (art. 23)

L'articolo 23 disciplina i **livelli della progettazione**, prevedendo che essa sia articolata:

- su **3 livelli** (progetto di fattibilità tecnica ed economica, **progetto definitivo e progetto esecutivo**; questi ultimi due **svolti preferibilmente dal medesimo soggetto**), nel caso di appalti e concessioni di **lavori**;

Si fa notare che il “progetto di fattibilità tecnica ed economica” è la nuova denominazione con cui si fa riferimento a quello che nella legislazione vigente è il “progetto preliminare”.

- **di regola, in un solo livello**, per la progettazione di **servizi e forniture**.

La disciplina dei livelli della progettazione per gli appalti di servizi e forniture è attualmente demandata al regolamento dall'art. 94 del D.Lgs. 163/2006.

Gli **obiettivi della progettazione** sono, oltre al soddisfacimento dei bisogni della collettività e alla conformità con le norme ambientali e urbanistiche vigenti (già previsti dal D.Lgs. 163/2006) anche quelli (modificati o inseriti dal testo in esame) di **garantire la qualità architettonica e tecnico funzionale dell'opera** ed il **progressivo uso** di metodi e **strumenti** elettronici specifici quali quelli di **modellazione** per l'edilizia e le infrastrutture (nel cui ambito è ricompreso il *Building Information Modeling - BIM*).

Il riferimento all'utilizzo di tali strumenti è previsto nel paragrafo 4 dell'articolo 22 della direttiva n. 24, come si evince dalla versione inglese della direttiva che prevede, per gli appalti pubblici di lavori e i concorsi di progettazione, che gli Stati membri possono richiedere l'uso di specifici strumenti elettronici quali gli strumenti di modellazione elettronica delle informazioni edilizie o similari (*"specific electronic tools, such as of building information electronic modelling tools or similar"*). La versione italiana della direttiva fa invece riferimento a strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi.

Rilevano, in proposito, le previsioni del **criterio di delega di cui alla lettera oo)**. Tale criterio infatti richiede la “valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico-funzionale, anche attraverso ... il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione elettronica e informativa per l'edilizia e le infrastrutture”.

Il comma 13, tra l'altro, demanda ad un apposito **decreto (di cui non viene indicato il termine di emanazione) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti** l'individuazione dei tempi di **progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei predetti metodi**, valutata in relazione alla tipologia delle opere da affidare e tenuto conto dei relativi importi, nonché di adeguati sistemi di monitoraggio.

L'utilizzo dei predetti metodi costituisce parametro di valutazione dei requisiti premiali di cui all'articolo 38.

La **disciplina dei contenuti dei tre livelli progettuali**, che nel testo vigente viene affidata al regolamento di attuazione (D.P.R. 207/2010), nel testo in esame viene **demandata** – dal comma 3 - **ad un apposito decreto del Ministero delle infrastrutture**, di cui non è indicato un termine per l'emanazione.

L'art. 216, comma 2, primo periodo, prevede che **nelle more dell'emanazione** di tale decreto continuino ad applicarsi le pertinenti disposizioni del D.P.R. 207/2010, ad eccezione dell'art. 248 del medesimo regolamento, che detta disposizioni specifiche, anche derogatorie della disciplina generale, relative alla qualificazione e alla direzione tecnica per i lavori riguardanti i beni del patrimonio culturale.

Le disposizioni dell'art. 248 si applicano invece nelle more dell'emanazione del decreto attuativo (previsto dall'art. 146, comma 4), che dovrà definire, relativamente agli appalti nel settore dei beni culturali, i requisiti di qualificazione e i livelli e i contenuti della progettazione.

Per un confronto della disciplina dei tre livelli progettuali prevista dal vigente art. 93 del D.Lgs. 163/2006 con quella dettata dall'articolo in esame si rinvia al testo a fronte di seguito riportato.

Art. 93, commi 3-5, del D.Lgs. 163/2006

3. Il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire e consiste in una relazione illustrativa delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alla valutazione delle eventuali soluzioni possibili, anche con riferimento ai profili ambientali e all'utilizzo dei materiali provenienti dalle attività di riuso e riciclaggio, della sua fattibilità amministrativa e tecnica, accertata attraverso le indispensabili indagini di prima approssimazione, dei costi, da determinare in relazione ai benefici previsti, nonché in schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare; il progetto preliminare dovrà inoltre consentire l'avvio della procedura espropriativa.

Art. 23, commi 5-8, del presente schema

5. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire. **Il progetto di fattibilità comprende tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1,**

nonché schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, **ivi compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali.** Il progetto di fattibilità deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa.

6. Il progetto di fattibilità è redatto sulla

Art. 93, commi 3-5, del D.Lgs. 163/2006

4. Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare e

contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni.

Esso consiste in una relazione descrittiva dei criteri utilizzati per le scelte progettuali, nonché delle caratteristiche dei materiali prescelti e dell'inserimento delle opere sul territorio; nello studio di impatto ambientale ove previsto; in disegni generali nelle opportune scale descrittivi delle principali caratteristiche delle opere, e delle soluzioni architettoniche, delle superfici e dei volumi da realizzare, compresi quelli per l'individuazione del tipo di fondazione; negli studi e indagini preliminari occorrenti con riguardo alla natura e alle caratteristiche dell'opera; nei calcoli preliminari delle strutture e degli impianti; in un disciplinare descrittivo degli elementi prestazionali, tecnici ed economici previsti in progetto nonché in un computo metrico estimativo. Gli studi e le indagini occorrenti, quali quelli di tipo

Art. 23, commi 5-8, del presente schema

base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche e geognostiche, di verifiche preventive dell'assetto archeologico, di studi preliminari sull'impatto ambientale e evidenzia, con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia; indica, inoltre, le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, le esigenze di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale, nonché i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare ad un livello tale da consentire, già in sede di approvazione del progetto medesimo, salvo circostanze imprevedibili, l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie.

7. Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la **definizione dei costi di realizzazione attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.**

Art. 93, commi 3-5, del D.Lgs. 163/2006

Art. 23, commi 5-8, del presente schema

geognostico, idrologico, sismico, agronomico, biologico, chimico, i rilievi e i sondaggi, sono condotti fino ad un livello tale da consentire i calcoli preliminari delle strutture e degli impianti e lo sviluppo del computo metrico estimativo.

5. Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. **In particolare il progetto è costituito dall'insieme delle relazioni, dei calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti e degli elaborati grafici nelle scale adeguate, compresi gli eventuali particolari costruttivi, dal capitolato speciale di appalto, prestazionale o descrittivo, dal computo metrico estimativo e dall'elenco dei prezzi unitari. Esso è redatto sulla base degli studi e delle indagini compiuti nelle fasi precedenti e degli eventuali ulteriori studi e indagini, di dettaglio o di verifica delle ipotesi progettuali, che risultino necessari e sulla base di rilievi planoaltimetrici, di misurazioni e picchettazioni, di rilievi della rete dei servizi del sottosuolo.** Il progetto esecutivo deve essere altresì corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti da redigersi nei termini, con le modalità, i contenuti, i tempi e la gradualità stabiliti dal regolamento di cui all'articolo 5.

8. Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita. Ove non diversamente previsto dal presente codice, gli appalti relativi ai lavori sono affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e, nel contempo, dà certezza al rispetto dei tempi e dei costi previsti.

Un'ulteriore disposizione degna di nota, in quanto contribuisce ulteriormente al recepimento del **criterio di delega di cui alla lettera oo)** succitato, è quella che prevede, al comma 8, che "ove non diversamente previsto dal presente Codice, **gli appalti relativi ai lavori sono affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo**".

Progettazione interna ed esterna (art. 23, comma 2, e art. 24)

L'**articolo 24**, unitamente al comma 2 dell'art. 23, definisce da chi possano essere espletate le prestazioni relative alla progettazione di fattibilità, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto

tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici.

Il combinato disposto delle norme citate è così schematizzabile:

| Tipologia di lavori | Soggetti abilitati |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico | <p>professionalità interne, purché in possesso di idonea competenza nelle materie oggetto del progetto, o utilizzano la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ tutti gli altri lavori | <p>si applicano le norme dell'art. 24</p> |

Si fa notare che la citata disposizione che contempla i concorsi di progettazione per la progettazione dei lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico, sembra finalizzata a recepire il **criterio di delega di cui alla lettera oo)**, il quale prevede infatti la “valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico-funzionale, anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione”.

Una delle poche novità da segnalare contenute nell'articolo 24 rispetto alla normativa vigente (per lo più contenuta nell'art. 90 del D.Lgs. 163/2006) è che la definizione dei requisiti che devono possedere le società di professionisti, le società di ingegneria e i loro consorzi, è demandata ad un apposito decreto del MIT, *di cui non si prevede un termine per l'emanazione*, sentita l'ANAC, e non più al regolamento di attuazione (D.P.R. 207/2010).

L'**art. 216, comma 2, secondo periodo**, prevede che **nelle more dell'emanazione** di tale decreto continuino ad applicarsi le pertinenti disposizioni del D.P.R. 207/2010, vale a dire gli articoli 254-256, che disciplinano i requisiti delle società di ingegneria, delle società di professionisti e dei consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria.

Il comma 8 dell'articolo 24 prevede l'emanazione di un **nuovo decreto del Ministro della giustizia** (di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti) **per la disciplina dei corrispettivi delle attività di progettazione**, che dovrà sostituire quello attualmente vigente (D.M. 31 ottobre 2013, n. 143, “Regolamento recante determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura ed all'ingegneria”, pubblicato nella G.U. 20 dicembre 2013, n. 298), emanato in attuazione dell'art. 92, comma 2, del D.Lgs. 163/2006.

Lo stesso comma prevede che, fino all'adozione del nuovo decreto, continuano ad applicarsi i corrispettivi vigenti.

Verifiche preventive (artt. 25 e 26)

Le norme dettate dall'**articolo 25** disciplinano, riproducendo le disposizioni degli articoli 95 e 96 del D.Lgs. 163/2006, la materia della **verifica archeologica preventiva**.

La relazione illustrativa sottolinea che l'articolo in esame innova la disciplina in questione "prevedendo una unica procedura e tempi ridotti".

L'affermazione pare trovare riscontro nell'abbreviazione da 90 a 30 giorni (decorrenti dal ricevimento del progetto di fattibilità) del termine (previsto dal comma 3 dell'articolo in esame e dal corrispondente comma dell'art. 95 del Codice vigente) entro il quale il soprintendente può richiedere, motivatamente, la sottoposizione dell'intervento alla procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico.

L'**articolo 26** disciplina la **verifica preventiva** (cioè prima dell'inizio delle procedure di affidamento) **della progettazione**, prevedendo che la stazione appaltante, **nei contratti relativi a lavori**, verifica la **rispondenza degli elaborati e la loro conformità alla normativa vigente**.

Si tratta di disposizioni che riproducono nella sostanza quelle dettate dall'art. 112 del Codice (rubricato "Verifica della progettazione prima dell'inizio dei lavori") e dagli articoli 45, 52, 53 e 54 del regolamento (D.P.R. 207/2010).

La norma in esame sembra consentire il recepimento della prima parte del **criterio di delega di cui alla lettera rr)**, quella che prevede:

- la revisione e semplificazione della disciplina vigente per il sistema della validazione dei progetti, stabilendo la soglia di importo al di sotto della quale la validazione è competenza del responsabile unico del procedimento. La lettera d) del comma 6 dell'articolo in esame dispone che **per i lavori di importo inferiore a 1 milione di euro, la verifica è effettuata dal responsabile unico del procedimento;**
- nonché il **divieto**, al fine di evitare conflitti di interesse, **dello svolgimento contemporaneo dell'attività di validazione con quella di progettazione**. Tale divieto è statuito dal comma 7 dell'articolo in esame.

Approvazione dei progetti (art. 27)

L'**articolo 27** riordina, senza apportare modifiche degne di nota, le disposizioni sul **procedimento di approvazione** dei progetti attualmente contenute nell'articolo 97 del D.Lgs. 163/2006 e quelle finalizzate alla **risoluzione delle interferenze**, relative ad opere strategiche, dettate dall'art. 170 del medesimo decreto.

In particolare il comma 1 dell'art. 27 stabilisce che l'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni viene effettuata in conformità alle norme della legge 7 agosto 1990, n. 241 e che si applicano le disposizioni in materia di conferenza di servizi dettate dagli articoli 14-*bis* e seguenti della citata legge.

Modalità di affidamento - Principi comuni (artt. 28-34)

Contratti misti (art. 28)

L'**articolo 28**, che recepisce quasi integralmente l'articolo 3 della direttiva 2014/24/UE e gli articoli 5 e 6 della direttiva 2014/25/UE, disciplina le modalità di affidamento dei contratti misti (cioè di quei contratti aventi ad oggetto due o più tipi di appalto), prevedendo come **regola generale l'aggiudicazione delle disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto**.

Quanto detto riguardo al recepimento delle disposizioni delle direttive trova solamente un paio di eccezioni.

Una prima eccezione riguarda l'ultimo periodo del comma 1 dell'articolo in esame, secondo cui l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i **requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture prevista dal contratto**.

Tale disposizione, che non trova corrispondenze negli articoli citati, riproduce il dettato dell'art. 15 del D.Lgs. 163/2006.

Una seconda eccezione è causata da un refuso contenuto nel comma 12.

Il comma 12 indica i criteri da utilizzare per stabilire le norme applicabili nel caso di appalti nei settori speciali per cui è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività siano principalmente destinati.

La lettera c) del paragrafo 3 dell'art. 6 della direttiva sui settori speciali (n. 2014/25/UE) dispone che l'appalto è aggiudicato secondo la medesima direttiva (quindi in base alle norme che disciplinano i settori speciali) se una delle attività cui è destinato l'appalto è disciplinata dalla medesima direttiva e l'altra non è soggetta né a tale direttiva, né alla direttiva 2014/24/UE relativa ai settori ordinari, né alla direttiva 2014/23/UE sulle concessioni.

La corrispondente lettera c) del comma 12 dell'articolo in esame dispone invece che l'appalto è aggiudicato secondo il presente codice; potrebbe, pertanto, essere opportuno precisare "secondo le disposizioni del presente codice che disciplinano gli appalti nei settori speciali".

Trasparenza (art. 29)

L'**articolo 29** dispone la **pubblicazione** (e l'aggiornamento) **di tutti gli atti** delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori **relativi alla programmazione** di lavori, opere, servizi e forniture, **nonché alle procedure per l'affidamento** di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi

quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico, nel caso **non** siano considerati **riservati o secretati**.

La pubblicazione deve avvenire:

- **sul profilo del committente** (nella sezione “Amministrazione trasparente”). Nella stessa sezione devono essere pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione;
- **sul sito web del MIT e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC**, anche tramite i sistemi informatizzati regionali (tramite i quali sono assolti gli obblighi informativi e di pubblicità connessi ai contratti e agli investimenti pubblici di competenza regionale o di enti territoriali) e le piattaforme regionali di *e-procurement* interconnesse tramite cooperazione applicativa.

La relazione illustrativa sottolinea che l'articolo in esame recepisce gli articoli da 48 a 55 della direttiva 2014/24/UE, nonché gli articoli da 67 a 75 della direttiva 2014/25/UE. In realtà gli articoli citati non contengono i principi generali qui contemplati, ma recano disposizioni destinate a regolare la pubblicazione di specifici atti. L'articolo in esame, pertanto, sembra statuire principi che sono in linea con le disposizioni recate da tali articoli.

Lo stesso articolo stabilisce l'**applicazione delle norme del D.Lgs. 33/2013** recante “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”.

Tale decreto detta una serie di principi generali (principio generale di trasparenza ed eventuali limiti; pubblicità e diritto alla conoscibilità; dati aperti e riutilizzabili; ecc.) e disciplina gli obblighi di pubblicazione nei vari settori di attività. Nel caso dei contratti pubblici, ad esempio, l'art. 37 del D.Lgs. 33/2013 (rubricato “Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”) stabilisce che, fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale, ciascuna amministrazione pubblica (secondo quanto previsto dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e, in particolare, dagli articoli 63, 65, 66, 122, 124, 206 e 223) le informazioni relative alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, nonché, in caso di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, la delibera a contrarre.

Le disposizioni dell'articolo in esame consentono di recepire alcuni criteri di delega dettati dalla legge n. 11/2016.

La parte della disposizione che include nel novero degli atti da pubblicare “quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5” (che disciplina gli affidamenti *in house*) consente di recepire la prima parte del **criterio di cui alla lettera eee)** che richiede la “garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti *in house*, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento”.

L'obbligo, previsto dal comma 1 dell'articolo in esame, di pubblicare anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione recepisce la prima parte del **criterio di cui alla lettera dd)**, che prevede il contenimento dei tempi e la piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di pubblicare nel proprio sito internet il resoconto finanziario al termine dell'esecuzione del contratto.

L'obbligo di pubblicazione sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC contribuisce al recepimento del criterio di cui alla lettera s).

Tale lettera prevede la "revisione della disciplina in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara, in modo da fare ricorso a strumenti di pubblicità di tipo informatico; la definizione di indirizzi generali da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, al fine di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità prevedendo, in ogni caso, la pubblicazione su un'unica piattaforma digitale presso l'ANAC di tutti i bandi di gara".

La relazione illustrativa sottolinea che l'articolo in esame recepisce anche il criterio di cui alla **lettera ii)**, che auspica, tra l'altro, "adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia di rilevanza comunitaria".

Al riguardo, potrebbe essere opportuno esplicitare che la disciplina in commento si applica anche ai contratti sotto soglia.

Ulteriori disposizioni (artt. 30-34)

L'**articolo 30** individua i **principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni**, recependo (in particolare tramite i commi 2 e 3) le disposizioni dettate dall'art. 18 della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 36 della direttiva 2014/25/UE e dagli articoli 3 e 30, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/23/UE.

In particolare il **comma 3** prevede che, nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici **rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro** stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali.

I commi 1 e 8 dell'articolo in esame invece riproducono, nella sostanza, senza variazioni di rilievo, i principi dettati dall'art. 2 del D.Lgs. 163/2006.

I commi 4, 5 e 6 disciplinano invece l'**applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni**, nonché i casi di **inadempienza contributiva e di pagamento ritardato delle retribuzioni** al personale medesimo, trasponendo le norme dettate dagli articoli 4 e 5 del D.P.R. 207/2010.

La disposizione del comma 7, secondo cui i **criteri di partecipazione alle gare** devono essere tali da **non escludere le MPMI** (microimprese, piccole e le

medie imprese), viene inserita al fine di recepire il **criterio di delega di cui alla lettera ccc)**.

Tale criterio richiede, tra l'altro, un "miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e agli altri servizi professionali dell'area tecnica, per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione" e "di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese".

Del resto, facilitare l'accesso delle MPMI al mercato degli appalti pubblici è proprio una delle finalità principali della nuova disciplina europea, cui le tre direttive fanno accenno in più punti.

L'**articolo 31** detta una nuova disciplina in materia di **responsabile unico del procedimento (RUP)** negli appalti e nelle concessioni, rispetto a quella contenuta nell'articolo 10 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (le cui disposizioni vengono riprese dai commi 1-6 e 10 dell'articolo in esame), definendone il **ruolo e le funzioni**.

Le principali novità apportate rispetto al testo vigente sono le seguenti:

- viene precisato che l'**ufficio di RUP è obbligatorio e non può essere rifiutato**;

In proposito la relazione illustrativa evidenzia che in tal modo si pone fine ai dubbi interpretativi sorti in vigore del D.Lgs. 163/2006.

- la **disciplina di dettaglio** - relativa ai compiti specifici del RUP, ai requisiti di professionalità dello stesso, nonché la determinazione dell'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto -, attualmente demandata al regolamento (D.P.R. 207/2010), dovrà essere **definita con apposito atto dell'ANAC di cui non viene esplicitata la tipologia né il termine per l'emanazione**;
- viene introdotto, in recepimento del **criterio di delega di cui alla lettera II)**, il **divieto**, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, **di attribuzione dei compiti di RUP o di direttore dei lavori al contraente generale** stesso o soggetto collegato (comma 11);
- viene introdotta (dal comma 12) una nuova disciplina in materia di controlli del RUP, finalizzata a garantire il controllo effettivo da parte della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni.

Anche tale disposizione ottempera alle richieste del **criterio di delega di cui alla lettera II)**, ove, tra l'altro, si auspica un "rafforzamento delle funzioni di organizzazione, di gestione e di controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, attraverso verifiche effettive e non meramente documentali, con particolare riguardo ai poteri di verifica e intervento del responsabile del procedimento, del direttore dei lavori nei contratti di lavori e del direttore dell'esecuzione del contratto nei contratti di servizi e forniture, nonché per le verifiche e i controlli relativi all'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative e alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute

umana, impartite dagli enti e dagli organismi competenti, prevedendo un adeguato sistema sanzionatorio nei casi di controlli lacunosi ovvero di omessa vigilanza”.

Il comma 12 prevede infatti la programmazione di accessi diretti del RUP o del direttore dei lavori sul luogo dell'esecuzione degli stessi, nonché verifiche, anche a sorpresa, sull'effettiva ottemperanza alle misure indicate nel citato criterio di delega.

Per quanto riguarda il sistema sanzionatorio richiesto dal citato criterio di delega, gli ultimi due periodi del comma 12 prevedono che la valutazione dell'attività di controllo svolta verrà considerata in sede di valutazione dell'indennità di risultato e inciderà anche sulla corresponsione degli incentivi la cui nuova disciplina è definita nell'articolo 113 (alla cui scheda di commento si rinvia).

L'**articolo 32** disciplina le **fasi delle procedure di affidamento**. Il successivo **articolo 33**, invece, riguarda i controlli sugli atti delle procedure medesime, in particolare disciplinando le **procedure per l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria e del contratto stipulato**.

Tali disposizioni riproducono quanto già previsto dagli artt. 11 e 12 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

L'**articolo 34**, in attuazione del criterio di delega di cui alla lettera p) - che richiede la previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione -, contiene disposizioni finalizzate al **conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (c.d. PAN GPP)**, attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi (CAM) adottati dal Ministro dell'ambiente, riproducendo, nella sostanza, la vigente disciplina contenuta nell'art. 68-bis del D.Lgs. 163/2006, inserito nel testo del Codice dall'art. 18, comma 1, della L. 221/2015 (c.d. collegato ambientale).

L'**obbligo di adottare i CAM** si applica, per gli affidamenti di qualunque importo:

- **per almeno il 50% del valore** a base d'asta, relativamente alle categorie di forniture e affidamenti non connesse agli usi finali di energia;
- **per l'intero valore delle gare**, relativamente alle categorie di appalto con le quali si può conseguire l'efficienza energetica negli usi finali (che vengono indicate nelle lettere da a) a d) del comma 2).

L'unica differenza degna di nota rispetto al testo vigente risiede proprio nell'aggiunta della citata lettera d) del comma 2, che include, tra le categorie di appalto con le quali si può conseguire l'efficienza energetica negli usi finali, anche l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici e per la gestione dei cantieri della pubblica amministrazione.

Riguardo alla formulazione del testo, si segnala la mancata indicazione del riferimento normativo relativo all'adozione del PAN GPP nonché l'assenza di un termine per l'emanazione del decreto ministeriale che, in base al comma 3, potrà elevare la soglia del 50% succitata.

Si fa notare che tutte e tre le direttive, come chiaramente esplicitato nei considerando delle medesime, sono orientate verso una adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale nelle procedure di appalto e di aggiudicazione delle concessioni, e nell'articolato delle stesse si ritrovano numerose disposizioni in materia. Tale enunciazione viene riproposta nell'articolato tra i principi generali per l'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni (v. articolo 18 della direttiva n. 24 e art. 30 della direttiva n. 23).

Rispetto alle precedenti, le direttive, infatti, sono basate su un approccio nuovo in quanto connettono il settore degli appalti alla Strategia Europa 2020 e li rendono funzionali a sviluppare un'economia della conoscenza e dell'innovazione.

Relativamente ai criteri di aggiudicazione, netta preferenza nei confronti dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che è individuata seguendo un approccio costo/efficacia, che può includere il miglior rapporto qualità/prezzo valutato in relazione a criteri ambientali, qualitativi o sociali connessi all'oggetto dell'appalto (articolo 67, paragrafo 2, della direttiva n. 24). Si tratta certamente di uno degli aspetti, che connota la finalità di utilizzare in maniera strategica gli appalti, in quanto la preferenza nei confronti dell'offerta economicamente più vantaggiosa si accompagna a nuove modalità per la sua individuazione. Lo dimostra anche la nuova definizione del costo in cui sono compresi tutti i costi o parti di essi legati al ciclo di vita (*life cycle cost*) di un prodotto, di un servizio o di un lavoro (articolo 68 della direttiva n. 24) incluse le esternalità ambientali.

La nuova attenzione al rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro è enfatizzata tra i principi generali per l'aggiudicazione degli appalti (articolo 18 della direttiva n. 24) e trova conferma nell'ampliamento delle cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di appalto (articolo 57 della direttiva n. 24) – in cui sono incluse anche le violazioni della normativa in materia ambientale e sociale – e nella verifica delle motivazioni in ordine a offerte che appaiono anormalmente basse (articolo 69 della direttiva n. 24) oltre che nelle altre misure cui si è precedentemente fatto cenno.

Per quanto riguarda il citato PAN GPP (piano d'azione nazionale per il *green public procurement*), si ricorda che esso è stato previsto dai commi 1126-1128 dell'articolo 1 della legge 296/2006 (legge finanziaria 2007), approvato con il D.M. 11 aprile 2008 e aggiornato con il D.M. 10 aprile 2013. Il Piano, che rappresenta il principale strumento della strategia europea su consumo e produzione sostenibili (COM(2008)397 def.), ha previsto la definizione, con appositi decreti ministeriali, di [criteri ambientali minimi](#) (CAM) da utilizzare negli appalti pubblici per l'acquisto delle diverse tipologie di prodotti/servizi.

Soglie di rilevanza comunitaria e disciplina dei contratti “sotto soglia” (artt. 35-36)

L'articolo 35 riproduce le disposizioni relative alle **soglie di rilevanza comunitaria** dettate dalle tre direttive (art. 8, comma 1, della direttiva n. 23, artt. 4 e 5 della direttiva n. 24 e artt. 15 e 16 della direttiva n. 25) e dispone che **le disposizioni del presente Codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo, al netto dell'IVA, è pari o superiore a tali soglie.**

Tali soglie sono pari a poco più di 5 milioni di euro per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni, mentre per le altre tipologie contrattuali sono previste soglie più ridotte, differenziate a seconda dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'oggetto del contratto, come sintetizzato nella tabella seguente:

| Le soglie previste dall'art. 35 | SETTORI ORDINARI | | SETTORI SPECIALI |
|---|---|------------------------|------------------|
| | Amministrazioni aggiudicatrici ^(e) | | |
| | centrali | sub-centrali | |
| Tipologia contrattuale | | | |
| appalti pubblici di lavori | 5.225.000 | 5.225.000 | 5.225.000 |
| Concessioni | 5.225.000 | 5.225.000 | ^(a) |
| appalti pubblici di servizi e concorsi pubblici di progettazione | 135.000 | 209.000 | 418.000 |
| appalti pubblici di forniture | ^(b) 135.000 | ^(c) 209.000 | 418.000 |
| appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX ^(d) | 750.000 | 750.000 | 1.000.000 |

Note

(a) la lettera a) del comma 2 dell'art. 35 fa riferimento solo agli appalti di lavori.

(b) se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da **amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa**, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i **prodotti menzionati nell'allegato VIII** (comma 1, lettera b) dell'art. 35). L'allegato VIII elenca una serie di prodotti acquistabili dalle amministrazioni aggiudicatrici nel settore della difesa, da cui sono esclusi quelli di carattere prettamente militare (esplosivi, gas lacrimogeni, pneumatici a prova di proiettile, carri da combattimento e autoblinde, binocoli, navi da guerra, ecc.).

(c) tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle **autorità governative centrali che operano nel settore della difesa**, allorché tali appalti concernono **prodotti non menzionati nell'allegato VIII** (comma 1, lettera c) dell'art. 35).

(d) la lettera d) del comma 1 dell'art. 35 fa riferimento agli “appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX”. La lettera c) del successivo comma 2, fa invece riferimento non agli appalti, ma ai “contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX”. Entrambe le disposizioni recepiscono fedelmente le corrispondenti norme comunitarie (rispettivamente l'art. 4, lettera d), della direttiva n. 24 relativa agli appalti nei settori ordinari, e l'art. 15, lettera c), della direttiva n. 25 relativa agli appalti nei settori speciali). *In proposito, andrebbe valutata l'opportunità di utilizzare, il termine “appalti” (in linea con quanto disciplinato dagli artt. 20-21 del vigente D.Lgs. 163/2006), considerato che la direttiva n. 25 si applica solo agli appalti e che il termine “contratti” è riferito ad appalti o concessioni.*

(e) ai sensi dell'art. 3 sono **amministrazioni aggiudicatrici** “le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”.

Sono invece **autorità governative centrali** “le amministrazioni aggiudicatrici che figurano nell'allegato III e i soggetti giuridici loro succeduti” (art. 3, comma 1, lettera b).

Nel novero delle amministrazioni elencate dall'allegato III sono incluse la Presidenza del Consiglio dei Ministri e i Ministeri, inclusi: le Prefetture-Uffici Territoriali del Governo e le Direzioni regionali e interregionali dei Vigili del Fuoco; gli uffici giudiziari (esclusi i giudici di pace); le articolazioni periferiche dei Ministeri del lavoro e delle politiche sociali e dei beni e delle attività culturali e del turismo. Sono altresì incluse nell'elenco di cui all'allegato III, la CONSIP S.p.A. e l'Agenzia nazionale dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Tutte le amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali sono definite "**amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali**" (art. 3, comma 1, lettera c).

Proseguendo l'analisi dell'articolo in esame, occorre notare che le uniche differenze rispetto alle disposizioni delle direttive sono contenute nel comma 15, secondo cui il calcolo del valore stimato di un appalto misto di servizi e forniture si fonda sul valore totale dei servizi e delle forniture, prescindendo dalle rispettive quote. Tale calcolo comprende il valore delle operazioni di posa e di installazione, che non trova corrispondenza nelle norme citate, ma riproduce il disposto dell'art. 29, comma 14, del D.Lgs. 163/2006.

Occorre inoltre soffermarsi sulla disposizione, dettata dal paragrafo 8 dell'art. 5 della direttiva n. 24 (analoga a quella del comma 7 dell'art. 29 del vigente Codice).

Tale paragrafo stabilisce che quando un'opera prevista o una prestazione di servizi prevista può dar luogo ad appalti aggiudicati per lotti separati, è computato il valore stimato complessivo della totalità di tali lotti e, se il valore aggregato dei lotti è pari o superiore alla soglia, allora le norme della direttiva si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto.

Il comma 9 prevede che, per i contratti di servizi, quando un'opera prevista o una prestazione di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti.

Non appare chiaro il motivo per cui, nel recepire tale disposizione, il comma 9 faccia unicamente riferimento ai contratti di servizi.

L'articolo 36 disciplina l'**affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture "sotto soglia"**, cioè di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

Si tratta di una disciplina destinata a sostituire, apportando considerevoli innovazioni (anche al fine di recepire le richieste contenute nei criteri di delega; v. *infra*), quella attualmente prevista dagli articoli 121-124 e 238 del D.Lgs. 163/2006.

Il principale criterio di delega di riferimento è senz'altro quello dettato dalla lettera g) che prevede l'elaborazione di una disciplina applicabile ai contratti "sotto soglia" ispirata a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara.

Ulteriori criteri relativi ai contratti in questione si rinvengono nella lettera ff), secondo cui il nuovo Codice deve provvedere all'indicazione "delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di

riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria”, nonché nella lettera ii), che richiede la “garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia di rilevanza comunitaria, assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, la valutazione comparativa tra più offerte, prevedendo che debbano essere invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nonché un'adeguata rotazione, ferma restando la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di cui alla direttiva 2014/25/UE di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, adottati in conformità ai principi dettati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a tutela della concorrenza”.

L'articolo 36, le cui disposizioni non sono facilmente confrontabili con quelle previste dal testo vigente del Codice, dispone che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria avvengono:

- nel **rispetto dei principi relativi all'affidamento dei contratti pubblici esclusi**;
- nonché nel **rispetto del principio di rotazione** (come previsto dal citato criterio di delega di cui alla lettera ii);
- e in modo da **assicurare** l'effettiva possibilità di **partecipazione delle MPMI** (microimprese, piccole e medie imprese).

Salva la **possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie**, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie secondo **modalità differenziate per classi di importo**, come schematizzato di seguito:

LAVORI

| Importo del contratto (x) | Modalità di affidamento |
|--------------------------------------|---|
| $x < 40.000$ | Affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta. |
| $40.000 \leq x < 150.000$ | Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, con rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta. |
| $150.000 \leq x < 1 \text{ milione}$ | mediante procedura negoziata, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, con rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (tale criterio viene utilizzato per tutti i lavori). |
| $x \geq 1 \text{ milione}$ | procedure ordinarie |

SERVIZI E FORNITURE

| Importo del contratto (x) | Modalità di affidamento |
|---------------------------|-------------------------|
|---------------------------|-------------------------|

| | |
|------------------------------------|--|
| $x < 40.000$ | Affidamento diretto, adeguatamente motivato. |
| $40.000 \leq x < \text{soglie UE}$ | Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, con rotazione degli inviti. |

Si ricorda che la lettera g) della delega prevede, tra l'altro, una disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia ispirate a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara.

Viene altresì previsto che le **imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi** per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia, rientranti nell'ambito dei settori speciali, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE a tutela della concorrenza.

Ulteriori disposizioni prevedono la **verifica, da parte delle stazioni appaltanti:**

- dei soli **requisiti di carattere generale** mediante consultazione della Banca dati nazionale degli operatori economici;
- nonché del possesso dei **requisiti economici e finanziari e tecnico professionali richiesti** nella lettera di invito o nel bando di gara.

La **disciplina di dettaglio** sarà contenuta in apposite **linee guida emanate dall'ANAC.**

Andrebbe valutata l'opportunità di indicare un termine per l'emanazione.

Le opere di urbanizzazione a scomputo

Opere sopra-soglia

L'**art. 1, comma 2, lettera f)**, del presente Codice, include nell'ambito di applicazione del Codice medesimo i lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, **titolari di permesso di costruire o** altri titoli abilitativi, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ovvero **eseguono dette opere in regime di convenzione.**

Come si è già avuto modo di sottolineare nel paragrafo "Oggetto e ambito di applicazione (art. 1)", si tratta di una disposizione che sostanzialmente riproduce l'art. 32, comma 1, lettera g), del D.Lgs. 163/2006, con l'eccezione relativa all'ampliamento ad "altri titoli abilitativi" e ai soggetti che "eseguono dette opere in regime di convenzione" (si veda in proposito quanto riportato nel commento all'art. 1).

In tali casi la lettera f) concede all'**amministrazione che rilascia il permesso di costruire (o altro titolo abilitativo**, secondo l'integrazione operata dallo schema in esame rispetto al testo vigente), la **facoltà di richiedere** al soggetto privato la presentazione, all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, di un **progetto di fattibilità** tecnica ed economica delle opere da eseguire. **Successivamente** l'amministrazione, sulla base di tale progetto, indice una **gara** (con procedura aperta o ristretta) avente ad oggetto (previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori (si tratta quindi di un **appalto integrato**).

Opere sotto-soglia

Per le **opere di importo inferiore alla "soglia di rilevanza comunitaria"** l'**art. 36** detta una disciplina integrativa, che (in linea con il disposto del comma 8 dell'art. 122 del D.Lgs. 163/2006) prevede, per l'affidamento dei lavori, il ricorso alla **procedura negoziata senza pubblicazione del bando**, previa **consultazione di almeno 5 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 una ricostruzione normativa accurata relativa alla realizzazione delle opere in questione si rinvia alle linee guida, predisposte dalla Conferenza delle regioni nel novembre 2013, intitolate "[Realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri](#)".

Le opere di urbanizzazione primaria sotto-soglia funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica

Nel caso di opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, il comma 4 dell'art. 36 prevede l'**applicazione dell'art. 16, comma 2-bis, del D.P.R. 380/2001**.

La disposizione richiamata prevede che nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'**esecuzione diretta** delle opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è **a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il D.Lgs. 163/2006**.

Tale disposizione è stata inserita nel T.U. edilizia (D.P.R. 380/2001) dall'art. 45, comma 1, del D.L. 201/2011. Sulle modifiche operate da tale ultima disposizione ha avuto modo di pronunciarsi l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (oggi sostituita dall'ANAC) con la [Deliberazione n. 46/2012](#). Vale inoltre la pena riportare quanto evidenziato in proposito nelle citate linee guida emanate dalla Conferenza delle regioni, ove si legge che "Trovando collocazione in un corpus normativo diverso (l'art. 16, comma 2 bis, D.P.R. 380 del 2001) potrebbe sostenersi che con l'espressione «non trova

applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163» il legislatore abbia voluto escludere l'applicazione anche dell'art. 27 del Codice (secondo cui "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto"). Si ritiene peraltro che tale conclusione non possa essere condivisa, poiché i principi richiamati dall'art. 27 citato trovano il loro fondamento direttamente nei Trattati europei e la loro applicazione anche ai contratti sottosoglia è stata più volte ribadita dalla Corte di Giustizia. E' pur vero che tale principio è stato affermato dalla Corte di Giustizia in ordine alle opere di interesse transfrontaliero, ma è altrettanto vero che nell'ambito della previsione di cui all'art. 16, comma 2-bis, possono ricadere opere di importo assai prossimo alla soglia comunitaria. La questione dell'individuazione della soglia di impatto transfrontaliero è stata affrontata dal legislatore dopo l'intervento della Corte di Giustizia che ha ritenuto incompatibile con i principi comunitari la disciplina nazionale che prevedeva l'esclusione automatica delle offerte anomale anche nel caso di appalti sottosoglia, in ragione appunto dell'interesse transfrontaliero che i medesimi possono attirare. In sede di adattamento al decisum del giudice comunitario, il legislatore ha previsto l'importo di 1 ml di euro (cfr. art. 122, comma 9, del Codice) come soglia al di sotto della quale può ritenersi escluso l'impatto transfrontaliero dell'appalto. In definitiva, si reputa che all'art. 16 debba riservarsi un'interpretazione "comunitariamente" orientata e, quindi, anche per le opere di urbanizzazione primaria sottosoglia viga il rispetto dei principi richiamati dall'art. 27 del Codice, allorché l'importo di tali opere superi la soglia di 1 ml di euro e l'operatore edilizio non esegua direttamente le opere".

Occorre altresì sottolineare che, in risposta all'[interrogazione 5-07649](#), relativa alle linee guida emanate dal Comune di Milano per l'attuazione del citato comma 2-bis dell'art. 16 del D.P.R. 380/2001, il Sottosegretario di Stato alle infrastrutture e ai trasporti ha ricordato che l'ANAC ritiene tali linee guida "non pienamente conformi all'indirizzo espresso dall'Autorità stessa nella parte in cui non specificano che, ove il valore dell'insieme delle opere di urbanizzazione primaria sia superiore alla soglia di rilievo comunitario, è necessario il ricorso alla gara pubblica ai sensi del decreto legislativo n. 163 del 2006".

In considerazione di quanto precedentemente rilevato, andrebbe valutata l'opportunità di un coordinamento con la norma richiamata.

Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza (artt. 37-43)

Il nuovo sistema previsto dagli articoli 37 e 38

Gli articoli 37 e 38 dettano disposizioni finalizzate alla centralizzazione delle committenze e alla qualificazione delle stazioni appaltanti, in linea con le previsioni dei criteri di delega di cui alle lettere bb) e dd) e con le norme dettate dai corrispondenti articoli 37 e 38 della direttiva n. 24.

Il nuovo sistema delineato da tali articoli prevede l'**istituzione, presso l'ANAC, di un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate** (in rapporto alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo) di cui fanno parte anche le centrali di committenza (art. 38) e **modalità di acquisizione differenziate, in particolare per classi di importo e per possesso o meno della qualificazione** (art. 37), come schematizzato di seguito:

Stazione appaltante non qualificata (SA_{nq})

LAVORI

| Importo del contratto (x) | Modalità di acquisizione |
|---------------------------|---|
| $x < 150.000$ | La SA_{nq} può procedere direttamente e autonomamente, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza (art. 37, co. 1, primo periodo) |
| $x \geq 150.000$ | La SA_{nq} deve ricorrere a una centrale di committenza o procedere mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica (art. 37, co. 3) |
| Qualsiasi | La SA_{nq} può ricorrere ad una centrale di committenza qualificata ai sensi dell'articolo 38 (art. 37, co. 6) |

SERVIZI E FORNITURE

| Importo del contratto (x) | Modalità di acquisizione |
|---------------------------|--|
| $x < 40.000$ | La SA_{nq} può procedere direttamente e autonomamente, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza (art. 37, co. 1) |
| $x \geq 40.000$ | La SA_{nq} deve ricorrere a una centrale di committenza o procedere mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica (art. 37, co. 3) |
| Qualsiasi | La SA_{nq} può ricorrere ad una centrale di committenza qualificata ai sensi dell'articolo 38 (art. 37, co. 6) |

Stazione appaltante in possesso di qualificazione ex art. 38 (SA_{q38})*LAVORI*

| Importo del contratto (x) | Modalità di acquisizione |
|--|---|
| x < 150.000 | La SA _{q38} può procedere direttamente e autonomamente, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza (art. 37, co. 1, primo periodo) |
| 150.000 < x < 1 milione (solo per lavori di manutenzione ordinaria) | La SA _{q38} può procedere mediante ricorso autonomo agli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate (art. 37, co. 2, primo periodo). In caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti: - procedono mediante lo svolgimento di procedura ordinaria; - oppure ricorrono a una centrale di committenza o si aggregano con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica (art. 37, co. 2, secondo periodo). |
| Qualsiasi | La SA _{q38} può ricorrere ad una centrale di committenza qualificata ai sensi dell'articolo 38 (art. 37, co. 6) |

SERVIZI E FORNITURE

| Importo del contratto (x) | Modalità di acquisizione |
|---------------------------|---|
| x < 40.000 | La SA _{q38} può procedere direttamente e autonomamente, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza (art. 37, co. 1, primo periodo) |
| 40.000 < x < soglie UE | La SA _{q38} può procedere mediante ricorso autonomo agli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate (art. 37, co. 2, primo periodo). In caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti: - procedono mediante lo svolgimento di procedura ordinaria; - oppure ricorrono a una centrale di committenza o si aggregano con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica (art. 37, co. 2, secondo periodo). |
| Qualsiasi | La SA _{q38} può ricorrere ad una centrale di committenza qualificata ai sensi dell'articolo 38 (art. 37, co. 6) |

Rileva il **criterio di delega di cui alla lettera dd)** che prevede il “contenimento dei tempi e 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 di cui alla lettera bb), 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”.

La disciplina per i comuni non capoluogo di provincia (art. 37, comma 4)

Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia (fermo restando quanto previsto al comma 1 e al primo periodo del comma 2), procede secondo una delle seguenti modalità:

- ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati;
- mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento.

Secondo la relazione illustrativa la norma in esame “non incide sull'assetto complessivo del numero dei soggetti aggregatori che rimangono fissati nel numero massimo di 35, come previsto dal comma 5 dell'articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66”, non abrogato.

Il comma 5 demanda a un futuro D.P.C.M. 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 di rete, l'ambito di competenza della centrale di competenza è l'ambito territoriale di riferimento.

La norma in esame è in linea con la parte del **critério di delega di cui alla lettera dd)** che prevede sia “fatto 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”.

Relativamente alla disciplina relativa alla centralizzazione degli acquisti dei piccoli comuni, attualmente contenuta nell'art. 33, comma 3-bis, del D.Lgs. 163/2006, si ricordano i contenuti della disposizione e le vicende normative intercorse nell'attuale legislatura.

Nel corso dell'attuale legislatura, le disposizioni dettate dal comma 3-bis dell'[art. 33 del D.Lgs. 163/2006](#) - relative all'**obbligo, da parte dei piccoli comuni, di affidare a un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture** - hanno subito numerosi interventi modificativi o volti a prorogare il termine iniziale di entrata in vigore delle norme del comma.

Un primo intervento è stato operato dall'art. 5-ter del D.L. 43/2013, che ha differito al 1° gennaio 2014 l'entrata in vigore dell'obbligo suddetto. Tale termine è stato successivamente prorogato al 1° luglio 2014 dall'art. 3, comma 1-bis, del D.L. 150/2013. Un ulteriore intervento, ma di carattere modificativo, è stato apportato dal comma 343 dell'art. 1 della L. 147/2013 (legge di stabilità 2014), che ha previsto una deroga, all'obbligo in questione, per le acquisizioni di lavori, servizi e forniture effettuate in economia mediante amministrazione diretta, nonché per lavori, servizi o forniture di importo inferiore a 40.000 euro.

L'intero comma 3-*bis* in questione è stato riscritto dall'art. 9, comma 4, del D.L. 66/2014, che viene abrogato dall'articolo 217 dello schema in esame, nell'ambito delle disposizioni che hanno introdotto nell'ordinamento nazionale il nuovo sistema di acquisizione tramite soggetti aggregatori (in proposito si rinvia al paragrafo "[Ulteriori disposizioni in materia di contratti pubblici](#)").

Una delle principali novità introdotte dal D.L. 66/2014 riguarda il **campo di applicazione della disciplina**, in precedenza limitato ai comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti, che viene **esteso a tutti i comuni non capoluogo di provincia**. Un'altra novità di rilievo è che **non è più considerato obbligatorio il ricorso a un'unica centrale di committenza (soggetto aggregatore)**, ma sono previste diverse **opzioni alternative**. Viene inoltre eliminata la deroga introdotta pochi mesi prima dal comma 343 della legge di stabilità 2014.

L'entrata in vigore della nuova disciplina è stata fissata, dall'art. 23-*ter* del D.L. 90/2014, al 1° gennaio 2015, quanto all'acquisizione di beni e servizi, e al 1° luglio 2015 quanto all'acquisizione di lavori. L'art. 23-*bis* del medesimo decreto-legge ha differito gli obblighi di centralizzazione, gravanti sui **comuni non capoluogo di provincia istituiti a seguito di fusione**, al terzo anno successivo a quello di istituzione.

L'art. 23-*ter* ha altresì disposto la non applicazione della nuova disciplina sulla centralizzazione agli enti pubblici impegnati nella ricostruzione delle località danneggiate dai terremoti del 2009 e del maggio 2012 (comma 2, così modificato dal successivo comma 550 della L. 190/2014), nonché (in base al comma 3) ai **comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti**, limitatamente agli acquisti di beni, servizi e lavori di **valore inferiore ai 40.000 euro** (ripristinando così l'analoga disposizione dettata dal soppresso comma 343 della L. 147/2013). Tale "franchigia" è stata **estesa a tutti i comuni** (indipendentemente dal numero di abitanti) dal comma 501 della L. 208/2015 (legge di stabilità 2016).

I termini iniziali per l'**entrata in vigore della nuova disciplina** sono stati prorogati al 1° settembre 2015 dall'art. 8, commi 3-*ter* e 3-*quater*, del D.L. 192/2014 e, successivamente, al 1° **novembre 2015**, dall'art. 1, comma 169, della legge n. 107/2015.

Al fine di chiarire le modalità applicative della nuova disciplina, l'ANAC ha emanato la [determinazione 25 febbraio 2015, n. 3](#), e, successivamente, la [determinazione 23 settembre 2015, n. 11](#).

Ulteriori disposizioni contenute nell'art. 37

Ulteriori disposizioni degne di nota contenute nell'art. 37 sono l'individuazione (garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche, in coerenza con l'ultima parte del **criterio di delega di cui alla lettera dd**) degli ambiti territoriali di riferimento (la norma sembra sottintendere "per l'operatività delle centrali di committenza", v. commento all'art. 38, comma 2) e la definizione (cui si è accennato in precedenza) di criteri e modalità per la costituzione delle centrali di committenza, in forma di aggregazione di comuni non capoluogo, mediante un apposito D.P.C.M. che dovrà essere emanato entro 90 giorni dall'entrata in vigore del presente schema (comma 5).

Sono, altresì, individuati i **compiti delle centrali di committenza** e disciplinata l'esecuzione congiunta di appalti e concessioni da parte di due o più **stazioni appaltanti che si "uniscono" per ottenere, in via cumulativa, la necessaria qualificazione**.

Il comma 14 dell'art. 37 **esclude** dall'applicazione del medesimo articolo gli **enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici** quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 (**c.d. settori speciali**).

La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 38)

L'**articolo 38** (le cui norme non si applicano agli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, secondo quanto prevede il comma 11) prevede, come anticipato in precedenza, l'**istituzione, presso l'ANAC**, che ne assicura la pubblicità, di un apposito **elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza**.

La relazione illustrativa sottolinea che ciò avviene "ferma restando l'anagrafe unica delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179", che in effetti non viene abrogata dallo schema in esame.

Si fa altresì notare che l'art. 216, comma 2, terzo periodo, stabilisce che "fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 38, i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'anagrafe di cui all'articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179".

L'art. 33-ter del decreto-legge 179/2012, che non viene abrogato dallo schema in esame, prevede, presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), l'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA), obbligando le stazioni appaltanti:

- a richiedere l'iscrizione all'AUSA presso la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP);
- ad aggiornare annualmente i dati identificativi.

Lo stesso articolo 38 stabilisce che la **qualificazione** è conseguita **in rapporto alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo** e ha **durata quinquennale** (commi 1 e 5).

Nell'elenco in questione sono iscritti 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. e i soggetti aggregatori regionali istituiti in attuazione dell'art. 9 del D.L. 66/2014.

La **definizione dei requisiti tecnico-organizzativi per ottenere la qualificazione** (e quindi l'iscrizione nell'elenco) è demandata ad un apposito **D.P.C.M.** che dovrà essere emanato (dopo aver sentito l'ANAC e la Conferenza unificata) **entro 90 giorni** dall'entrata in vigore del presente schema, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui per le centrali di committenza il carattere di stabilità delle attività e il **relativo ambito territoriale** (art. 38, comma 2).

L'articolo 38 disciplina inoltre i criteri e i **parametri per l'individuazione dei requisiti** (commi 3-4) e **demanda all'ANAC la definizione delle modalità attuative del sistema di qualificazione** e dei casi in cui può essere disposta la qualificazione con riserva (commi 6-7).

La norma non fissa alcun termine per l'emanazione del provvedimento attuativo.

Al fine di rendere effettiva la qualificazione sono previste **misure sanzionatorie e misure premiali**.

Sotto il primo profilo si prevede che, a decorrere dall'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione, **l'ANAC non rilascia il CIG** (codice identificativo di gara) alle stazioni appaltanti che procedono ad **acquisizioni** di beni, servizi o lavori **non rientranti nella qualificazione conseguita (comma 8)**.

Sotto il profilo delle misure premiali è prevista l'attribuzione di una quota parte delle risorse del **fondo per la premialità delle stazioni appaltanti** (istituito dall'art. 213, comma 14) al fondo per la **remunerazione del risultato dei dirigenti e dei dipendenti** appartenenti alle unità organizzative competenti per i procedimenti di cui al presente Codice.

Quanto finora riportato evidenzia chiaramente come le disposizioni in esame consentano di attuare il **criterio di delega di cui alla lettera bb)** che prevede la "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".

Ulteriori disposizioni (artt. 39-43)

L'**articolo 39** (in linea con il disposto del paragrafo 4 dell'art. 37 della direttiva) dispone che le **attività di committenza ausiliarie** possono essere **affidate a centrali di committenza**.

L'**articolo 40** prevede l'**obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione svolte da centrali di committenza**, ai sensi dell'art. 5-bis del D.Lgs. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale), il quale disciplina le comunicazioni tra imprese e amministrazioni pubbliche.

La relazione illustrativa sottolinea l'aderenza di tale articolo ai **criteri di delega di cui alle lettere i) ed s)** che prevedono, 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 ... all'innovazione tecnologica e digitale e all'interconnessione della pubblica amministrazione" ed il "ricorso a strumenti di pubblicità di tipo informatico".

Si fa notare che la disciplina in esame è altresì in linea con l'**art. 22 della direttiva n. 24** (che anch'esso prevede che "tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui alla presente direttiva, in particolare la trasmissione in via elettronica, siano eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici"). L'**art. 90, paragrafo 2, della direttiva n. 24** prevede che gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, per le centrali di committenza fino al 18 ottobre 2018. Tale rinvio non è invece previsto dalla norma in esame (che lo prevede, invece, fino a tale data, ma solo per le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni) poiché, secondo la relazione illustrativa, "per l'Italia, le amministrazioni già sono tenute, in attuazione del Codice dell'amministrazione digitale, all'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici".

Il comma 1 dell'art. 5-bis del D.Lgs. 82/2005 dispone che "la presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene **esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione**. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese". Le modalità di attuazione di tale disposizione sono state definite con il D.P.C.M. 22 luglio 2011 recante "Comunicazioni con strumenti informatici tra imprese e amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 5-bis del Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e successive modificazioni".

L'**articolo 41** riproduce il contenuto del criterio di delega di cui alla lettera cc) prevedendo che, **entro un anno** dalla data di entrata in vigore del Codice, **CONSIP S.p.A., i soggetti aggregatori e le centrali di committenza procedono alla revisione degli accordi quadro, delle convenzioni e delle procedure di appalto utilizzabili**, al fine di migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare, promuovendo anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico e l'effettiva partecipazione delle MPMI (microimprese, piccole e medie imprese).

L'**articolo 42**, che recepisce l'art. 24 della direttiva n. 24, l'art. 42 della direttiva n. 25 e l'art. 35 della direttiva n. 23, in materia di conflitti di interesse, stabilisce che le stazioni appaltanti devono prevedere misure adeguate per **contrastare le frodi e la corruzione** nonché individuare, **prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse** (definita dal comma 2 del medesimo articolo) 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.

L'**articolo 43** introduce una disciplina innovativa, che prevede, per le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori, la **possibilità di ricorrere a centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro dell'UE** che svolgono la propria attività in conformità alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata.

Disposizioni analoghe sono contenute nell'art. 37, comma 13, dello schema in esame.

La relazione illustrativa sottolinea che le citate norme sono volte al recepimento dell'art. 39 della direttiva n. 24 e l'art. 57 della direttiva n. 25.

Procedure di affidamento – Disposizioni comuni (artt. 44-53)

Gli articoli da 44 a 53 contengono disposizioni relative alle modalità comuni nelle procedure di affidamento.

Digitalizzazione delle procedure (art. 44)

L'**articolo 44** stabilisce che, **entro un anno** dall'entrata in vigore del presente Codice, sono definite (con **decreto del Ministro per la semplificazione**) le **modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici** anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. La disposizione prevede, altresì, che siano definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto.

La relazione illustrativa sottolinea che tale disposizione consente di attuare il **criterio di delega di cui alla lettera i)** che prevede la "semplificazione, armonizzazione e progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, attraverso la promozione di reti e sistemi informatici, anche al fine di facilitare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese mediante una maggiore diffusione di informazioni e un'adeguata tempistica, e di soluzioni innovative nelle materie disciplinate, con particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale, nonché all'innovazione tecnologica e digitale e all'interconnessione della pubblica amministrazione".

Operatori economici ammessi alle procedure (artt. 45-46)

L'**articolo 45** indica i soggetti rientranti nella definizione di **operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici**, riprendendo l'elencazione contenuta nell'art. 34 del D.Lgs. 163/2006 (rubricato "Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici").

Oltre a tale elenco, l'articolo in esame introduce **nuove disposizioni** che - al fine di recepire l'art. 19 della direttiva n. 24, l'art. 37 della direttiva n. 25 e l'art. 26 della direttiva n. 23 – prevedono la **possibilità, per le stazioni appaltanti**:

- di imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, se necessaria per la buona esecuzione dello stesso (comma 3);
- di imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e di lavori, nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione e di concessioni, il nome e le qualifiche professionali delle

persone incaricate di fornire la prestazione relativa allo specifico contratto (comma 4).

- di richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché tali richieste siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive (comma 5).

L'**articolo 46** riprendendo, almeno in parte, la disciplina contenuta negli articoli 90, commi 1 e 2, e 91, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, individua i **soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria**.

Raggruppamenti temporanei e consorzi (artt. 47-48)

L'**articolo 47** disciplina i **requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare**, riprendendo il contenuto dell'art. 35 del D.Lgs. 163/2006.

L'unica differenza risiede nel fatto che, mentre l'art. 35 vigente rinvia al regolamento di cui al D.P.R. 207/2010 per la definizione delle modalità con cui dar prova dei citati requisiti, l'articolo in esame rinvia alle "modalità previste dal presente Codice".

Si osserva che potrebbe essere opportuno esplicitare le modalità alle quali si fa riferimento.

L'**articolo 48** disciplina invece i **raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di operatori economici**, riprendendo nella sostanza la disciplina di cui all'art. 37 del D.Lgs. 163/2006.

Condizioni relative ad accordi internazionali (art. 49)

L'**articolo 49**, riproducendo quasi interamente il contenuto dell'articolo 25 della direttiva 2014/24/UE, stabilisce l'**obbligo** (nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici, nonché dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione europea è vincolata), per le amministrazioni aggiudicatrici, di **applicare** ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi (che siano firmatari di tali accordi), un **trattamento non meno favorevole** di quello concesso ai sensi del provvedimento in esame.

Clausole sociali (art. 50)

L'**articolo 50** disciplina l'inserimento di **clausole sociali di riassorbimento occupazionale** nei bandi di gara e negli avvisi.

Si ricorda che le clausole sociali sono oggetto dei criteri di delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettere *ddd*), *fff*) e *ggg*) della legge n.11/2016¹.

In particolare, si stabilisce:

- la **possibilità** che i **bandi di gara, gli avvisi e gli inviti** disciplinati dal provvedimento in esame prevedano (con particolare riguardo ai servizi ad alta intensità di manodopera, cioè con costo della manodopera pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto) **clausole sociali di riassorbimento occupazionale**, compatibilmente con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità (**comma 1**);
- l'**obbligo**, negli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto, di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale (con particolare riguardo ai servizi ad alta intensità di manodopera, cioè con costo della manodopera pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto), per i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, di **inserire specifiche clausole sociali** volte a promuovere la **stabilità occupazionale** del personale impiegato, prevedendo l'applicazione, da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del D.Lgs. 81/2015 (il quale stabilisce che per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali

¹ I suddetti criteri di delega prevedono:

- la lettera *ddd*) la “valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale, mediante introduzione di criteri e modalità premiali di valutazione delle offerte nei confronti delle imprese che, in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l'esecuzione dell'appalto, a utilizzare anche in parte manodopera o personale a livello locale ovvero in via prioritaria gli addetti già impiegati nel medesimo appalto, in ottemperanza ai principi di economicità dell'appalto, promozione della continuità dei livelli occupazionali, semplificazione ed implementazione dell'accesso delle micro, piccole e medie imprese, tenendo anche in considerazione gli aspetti della territorialità e della filiera corta e attribuendo un peso specifico anche alle ricadute occupazionali sottese alle procedure di accesso al mercato degli appalti pubblici, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione europea”;
- la lettera *fff*) “una disciplina specifica per gli appalti pubblici di servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, prevedendo l'introduzione di «clausole sociali» volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prendendo a riferimento, per ciascun comparto merceologico o di attività, il contratto collettivo nazionale di lavoro che presenta le migliori condizioni per i lavoratori ed escludendo espressamente il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione europea”;
- la lettera *ggg*) una “disciplina specifica per gli appalti pubblici di lavori e servizi che introduca clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato e stabilisca che i contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni devono intendersi quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto e svolta dall'impresa, anche in maniera prevalente”.

stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria) (**comma 2**).

Infine (**comma 3**), le stazioni appaltanti che prevedono clausole sociali devono darne **comunicazione all'ANAC**, che si pronuncia entro 30 giorni. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti.

Con riferimento al comma 2 non appare chiaro se l'inserimento di clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato sia configurato come un obbligo giuridicamente vincolante; inoltre, appare opportuno richiamare anche all'interno di tale disposizione (analogamente a quanto previsto al comma 1) la condizione della compatibilità delle clausole con il diritto dell'Unione europea (come del resto espressamente richiesto dal criterio di delega di cui alla lettera fff).

Con riferimento al comma 3 appare opportuno specificare (in linea con quanto esplicitamente indicato nella relazione illustrativa) che la valutazione dell'ANAC in ordine alle clausole sociali comunicate dalle stazioni appaltanti ha ad oggetto la compatibilità di esse con il diritto dell'Unione europea.

Al riguardo, si ricorda che il 26 febbraio 2014, l'Autorità nazionale anticorruzione ha pubblicato, ai sensi dell'articolo 64, comma 4-bis, del Codice dei contratti pubblici, il **bando tipo n. 1** relativo all'affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili nei settori ordinari, (corredato da una nota illustrativa e da tre allegati), e che costituisce il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara per l'affidamento dei servizi di pulizia.

In tale documento, si sottolinea che la stazione appaltante ha facoltà di inserire tutte le particolari clausole di esecuzione che, nel rispetto della disciplina europea in materia di appalti, possono riguardare aspetti ambientali o sociali (cfr. art. 69, commi 1 e 2 del D.Lgs 163/2006). In tale ambito, potrà rientrare, ad esempio, la c.d. "clausola sociale" relativa al riassorbimento del personale impiegato dal precedente aggiudicatario. Per costante giurisprudenza (cfr. parere dell'Autorità AG 25/13), tuttavia, la clausola sociale **non deve essere intesa come un obbligo di totale riassorbimento dei lavoratori** del pregresso appalto ma, viceversa, deve prevedere che **le condizioni di lavoro siano armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto**. Nell'eventuale applicazione della clausola appare, quindi, opportuno procedere ad una adeguata considerazione delle mutate condizioni del nuovo appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono.

Si ricorda, inoltre, che il Ministero dell'ambiente, con il **D.M. 6 giugno 2012**, ha pubblicato la **Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici**.

In generale, si ricorda che **la materia della successione negli appalti tra imprese trova la propria disciplina nell'ambito della contrattazione collettiva**. Tuttavia, la stabilità del rapporto di lavoro, garantita tramite il contratto collettivo, può risultare non

abbastanza tutelata proprio in virtù del fatto che il contratto collettivo presenta un'efficacia soggettivamente limitata, per cui le clausole di tutela sono opponibili all'impresa subentrante solamente nel caso in cui essa applichi lo stesso contratto collettivo o un altro contratto che contempli analogo obbligo.

Sul versante normativo, l'**articolo 7, comma 4-bis, della L. 31/2008**, dispone che al fine di garantire il livello di occupazione e l'invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori, in caso di cambio di appalto di servizi, l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 24 della L. 223/1991 (che dispone la procedura che il datore di lavoro deve seguire in caso voglia effettuare licenziamenti collettivi) nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore.

Allo stesso tempo, l'**articolo 29, comma 3, del D.Lgs. 276/2003** ha stabilito che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore (in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto) non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda, e quindi che il passaggio del dipendente da una azienda all'altra in caso di cambio appalto può avvenire, diversamente da quanto prevede l'articolo 2112 c.c., senza riconoscere l'anzianità del lavoratore o la sua retribuzione o il suo livello di inquadramento, salvo che il contratto collettivo preveda condizioni di miglior favore (disponendo, per esempio, che il rapporto prosegua a parità di condizioni).

Merita segnalare, altresì, che la questione dei cambi di appalto nei settori ad alta intensità di manodopera è stata oggetto, nell'attuale legislatura, di un'**indagine conoscitiva** (specificamente sui *call center*) della XI Commissione, la quale nel documento conclusivo ha osservato che "nel momento in cui un committente, alla scadenza contrattuale, intende procedere all'affidamento del servizio a un nuovo appaltatore, si assiste spesso alla entrata in crisi dell'azienda che fino a quel momento aveva avuto la gestione del servizio, con gravi ricadute occupazionali. Fermo restando quanto detto poc'anzi in merito al ruolo degli incentivi nella genesi di tali dinamiche, occorre chiarire che la questione non si presta ad essere affrontata con strumenti legislativi. In particolare, l'estensione delle procedure previste dall'articolo 2112 del codice civile ai trasferimenti d'azienda appare difficilmente praticabile, ove si considerino la diversità di situazioni che vengono in gioco e gli ostacoli di ordine prettamente giuridico che si frappongono a tale ipotesi. Posto che non sembra in discussione la corretta trasposizione della direttiva n. 2001/23/CE, la strada che appare più agevolmente praticabile è quella della definizione di precise regole procedurali di confronto sindacale per la gestione delle crisi conseguenti a cambi di appalto, che possa anche condurre a configurare clausole sociali volte ad assicurare tutela occupazionale per i lavoratori dell'impresa uscente".

Per quanto concerne i **lavori parlamentari in corso**, si segnala, infine, che l'articolo 12 della proposta di legge n. 2475, il cui esame è stato avviato dalle Commissioni riunite VIII e X, (nei settori interessati) prevede l'obbligo, per l'assuntore subentrante (indipendentemente dal contratto collettivo nazionale di lavoro – CCNL - cui lo stesso soggetto aderisca) di assumere, senza periodo di prova, i lavoratori dipendenti e i soci lavoratori dell'assuntore cessante che siano impiegati nell'appalto da almeno quattro

mesi e, comunque, dal maggior termine eventualmente previsto dal CCNL cui aderisce l'assuntore uscente.

Suddivisione in lotti (art. 51)

L'**articolo 51** disciplina la **suddivisione in lotti** (recependo l'art. 46 della direttiva n. 24 e l'art. 65 della direttiva n. 25), prevedendone l'**obbligatorietà come regola generale, derogabile solo in maniera motivata**.

Rispetto alle disposizioni delle direttive, l'articolo in esame contiene, in aggiunta, la precisazione che la **finalità della suddivisione in lotti** è quella di **favorire l'accesso delle MPMI** (microimprese, piccole e medie imprese), e che il **valore dei lotti** deve essere **adeguato** in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle **MPMI**.

Inoltre viene previsto il **divieto di frazionamento artificioso** finalizzato ad eludere l'applicazione delle norme del presente Codice.

Tali precisazioni sembrano dettate dall'esigenza di recepire i **criteri di delega di cui alle lettere dd) e, soprattutto, quelli di cui alla lettera ccc)**.

La citata lettera dd) prevede, tra l'altro, nell'ambito del processo di centralizzazione delle committenze, di salvaguardare l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea.

La successiva lettera ccc) richiede invece il miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e agli altri servizi professionali dell'area tecnica, per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione, anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti e l'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti, prevedendo in particolare che la dimensione degli appalti ed il conseguente valore delle gare e dei lotti in cui queste risultino eventualmente suddivise siano adeguati al fine di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese nonché introducendo misure premiali per gli appaltatori e i concessionari che coinvolgano i predetti soggetti nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti.

Regole applicabili alle comunicazioni (art. 52)

L'**articolo 52** prevede l'**obbligo, nei settori ordinari e speciali, di eseguire tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni** previsti dal presente Codice utilizzando **mezzi di comunicazione elettronici**.

Lo stesso articolo disciplina, tra l'altro, le **condizioni da rispettare** (quali, ad esempio: il carattere non discriminatorio e di comune disponibilità dei mezzi utilizzati; non deve essere limitato l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione; deve essere garantita l'integrità dei dati e la riservatezza delle domande di partecipazione e delle offerte) e i **casi in cui si può derogare all'obbligo** citato (quali, ad esempio, la natura specialistica dell'appalto o in conseguenza a una violazione della sicurezza dei mezzi di comunicazione elettronici ovvero per la protezione di informazioni di natura

particolarmente sensibile ovvero ancora quando i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici), **motivando la decisione** nella relazione unica.

Il comma 10 dispone che, **per le concessioni**, fatti salvi i casi in cui l'uso dei mezzi elettronici è obbligatorio, le stazioni appaltanti possono **scegliere uno o più dei mezzi di comunicazione contemplati dalla norma** (mezzi elettronici; posta; consegna a mano comprovata da un avviso di ricevimento; comunicazione orale, anche telefonica, per comunicazioni diverse da quelle aventi ad oggetto gli elementi essenziali di una procedura di aggiudicazione).

La relazione illustrativa sottolinea che l'articolo in esame si propone di recepire l'art. 22 della direttiva n. 24, l'art. 40 della direttiva n. 25 e gli artt. 29, 33 e 34 della direttiva n. 23.

Si fa altresì notare che la disciplina in questione sostituisce quella recata dall'**art. 77 del D.Lgs. 163/2006** (rubricato "Regole applicabili alle comunicazioni"), in base al quale tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante posta, mediante fax, per via elettronica ..., per telefono ..., o mediante una combinazione di tali mezzi. Il mezzo o i mezzi di comunicazione prescelti devono essere indicati nel bando o, ove manchi il bando, nell'invito alla procedura. Si tratta quindi di una disciplina meno rigorosa di quella prevista dell'articolo in esame, ma che prevede grosso modo gli stessi principi regolatori: il mezzo di comunicazione scelto deve essere comunemente disponibile, in modo da non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione, e deve essere salvaguardata l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione.

Accesso agli atti e riservatezza (art. 53)

L'**articolo 53**, con riferimento al **diritto di accesso** agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, rimanda, facendo salvo quanto previsto nel presente Codice, alla **disciplina dettata dagli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/1990**.

Vengono inoltre disciplinati:

- il **diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica**;
- i casi in cui è possibile operare il **differimento o l'esclusione del diritto di accesso**.

Si segnala inoltre la disposizione (recata dal comma 7) che consente alle amministrazioni aggiudicatrici (e agli enti aggiudicatori) di **imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere il carattere di riservatezza delle informazioni** che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto (che recepisce fedelmente il paragrafo 2 dell'art. 21 della direttiva n. 24).

La relazione illustrativa sottolinea che l'articolo in esame si propone di recepire l'art. 21 della direttiva n. 24, l'art. 39 della direttiva n. 25 e l'art. 28 della direttiva n. 23.

Si fa notare che le norme dell'articolo in esame sono per gran parte analoghe a quelle dell'art. 13 del D.Lgs. 163/2006.

Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati (articoli 54-58)

Nel Titolo III, relativo alle procedure di affidamento, Capo I, concernente le modalità comuni alle procedure di affidamento, la Sezione III (articoli da 54 a 58) reca norme in materia di utilizzo di tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati. Le norme in questione contengono la **nuova disciplina degli accordi quadro (articolo 54)**, dei **sistemi dinamici di acquisizione (articolo 55)**, delle **aste elettroniche (articolo 56)**, dei **Cataloghi elettronici (articolo 57)** e delle **procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione (articolo 58)**.

Questo *corpus* di norme recepisce specificamente gli articoli 33,34,35,36 della direttiva 2014/24/UE e 51,52,53,54 della direttiva 2014/25/UE, dando attuazione alla **lettera cc) comma 1 dell'articolo 1 della legge di delega** la quale prevede la **revisione e l'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, finalizzati a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e a ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare promuovendo anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli **affidamenti di tipo telematico**, al fine di garantire l'**effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese**.

Gli accordi quadro

La disciplina degli **accordi quadro** è contenuta nell'articolo 54, volto – secondo quanto evidenzia la relazione illustrativa - a recepire gli **articoli 33 della direttiva 2014/24/UE e 51 della direttiva 2014/25/UE**.

L'Accordo quadro - disciplinato attualmente dal D.Lgs. n. 163/2006 all'**articolo 59** - è uno strumento di contrattazione, che stabilisce le regole relative ad appalti da aggiudicare durante un periodo **massimo di quattro anni**.

L'accordo quadro consiste (**articolo 33, par. 1 della Direttiva 2014/24/UE**) in un **accordo**, concluso **tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici allo scopo di stabilire le clausole base**, in particolare i prezzi e, se del caso, le quantità previste **dei successivi appalti** (specifici) che saranno aggiudicati dalle singole amministrazioni durante un dato periodo.

Tra le varie modalità di acquisto di cui al **Programma di razionalizzazione degli acquisti della P.A.**, l'accordo quadro può essere collocato tra le "convenzioni", utilizzate per merceologie con caratteristiche standardizzabili, e le "gare su delega" costruite *ad hoc* sulle specifiche esigenze delle singole amministrazioni.

La **legge Finanziaria per il 2010** (articolo 1, comma 225) ha disposto che **Consip** concluda accordi quadro cui le stazioni appaltanti possono fare ricorso per l'acquisto di beni e servizi. La legge ha inoltre stabilito un meccanismo di *benchmarking*, disponendo che le stazioni appaltanti che non ricorrono agli accordi quadro stipulati da Consip sono tenute comunque ad adottare i parametri di qualità e di prezzo rapportati a quelli degli

accordi quadro per acquisti di beni e servizi comparabili. Gli accordi quadro sono dunque aggiudicati da Consip a più fornitori a seguito della pubblicazione di specifici [Bandi](#).

Conformemente alla direttiva appalti 2014/24/UE (articolo 33, paragrafo 1) e, per i settori speciali alla 2014/25/UE (articolo 51, paragrafo 1), lo schema in esame interviene sulla **durata degli accordi quadro**, stabilendo che essa **non superi i quattro anni** per gli appalti **nei settori ordinari** e **gli otto anni** per gli appalti **nei settori speciali, salvo in casi eccezionali**, debitamente motivati in relazione, in particolare, all'oggetto dell'accordo quadro.

Nei **settori ordinari**, si **conferma** il principio già vigente per cui:

- **gli appalti** basati su un accordo quadro **sono aggiudicati** secondo le **procedure** (che trovano disciplina nel nuovo articolo 54) **applicabili solo tra le amministrazioni aggiudicatrici** individuate nell'avviso di indizione di gara o nell'invito a confermare interesse **e gli operatori economici parti dell'accordo quadro concluso**;
- gli appalti basati su un accordo quadro non comportano in nessun caso modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro.

Si conferma inoltre, che **nell'ambito di un accordo quadro concluso con un solo operatore economico**, gli appalti sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro stesso. L'amministrazione aggiudicatrice può consultare per iscritto l'operatore economico parte dell'accordo quadro, chiedendogli di completare, se necessario, la sua offerta.

Un **accordo quadro concluso con più operatori economici** è eseguito secondo modalità, specificamente indicate nell'articolo 54 (lettere *a*), *b*), *c*) del comma 4), che sostanzialmente ricalcano il dettato della direttiva 2014/24/UE e che parzialmente innovano la disciplina vigente. In particolare, **la nuova disciplina non prevede più** che gli operatori economici debbano essere almeno tre.

Inoltre, proprio per attribuire all'accordo quadro un carattere di maggiore flessibilità l'aggiudicazione degli appalti senza riapertura di un confronto competitivo è ora ammissibile solo sulla base di una **serie concomitante e più ampia di condizioni**.

L'accordo quadro con più operatori economici è infatti eseguito secondo una delle seguenti modalità:

- secondo i termini e le condizioni in esso previsti, **senza riaprire il confronto competitivo, se l'accordo quadro contiene** - non solo (come attualmente previsto) tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture - **ma anche le condizioni oggettive per determinare quale degli operatori economici parti dell'accordo quadro effettuerà la prestazione**;
- **se l'accordo quadro contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione** dei lavori, dei servizi e delle forniture, **in parte senza la riapertura del confronto competitivo e, in parte, con la riapertura del confronto competitivo** tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro,

qualora tale possibilità sia stata stabilita dall'amministrazione aggiudicatrice nei documenti di gara per l'accordo;

- **riaprendo il confronto competitivo** tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro, se l'accordo quadro non contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture.

Infine, **nei settori speciali**, gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati in base a regole e criteri oggettivi che possono prevedere la riapertura del confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro concluso.

L'ente aggiudicatore non può ricorrere agli accordi quadro in modo da eludere l'applicazione del codice o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

Sistemi dinamici di acquisizione

I **sistemi dinamici di acquisizione** trovano disciplina nell'articolo 55 dello schema di decreto che recepisce gli articoli 34 della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 52 della direttiva 2014/25/UE. I sistemi dinamici di acquisizione trovano già collocazione nella disciplina vigente all'interno del Codice degli appalti (articolo 60), ma la relativa disciplina, in ossequio alle citate Direttive, viene ora distinta a seconda che si tratti di **settori ordinari ovvero di settori speciali**.

In analogia alla disciplina vigente, **per gli acquisti di uso corrente**, le cui caratteristiche soddisfano le esigenze delle stazioni appaltanti, **è consentito avvalersi di un sistema dinamico di acquisizione**.

L'articolo 55, riproducendo l'articolo 34, paragrafo 1, direttiva 2014/24/UE definisce ora tale sistema **un processo interamente elettronico, aperto per tutto il periodo di validità a qualsiasi operatore economico** che soddisfi i criteri di selezione. Può essere diviso in categorie definite di prodotti, lavori o servizi sulla base delle caratteristiche dell'appalto da eseguire, le quali possono comprendere un riferimento al quantitativo massimo ammissibile degli appalti specifici successivi o a un'area geografica specifica in cui gli appalti saranno eseguiti.

Per l'aggiudicazione nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione **le stazioni appaltanti debbono seguire** le norme previste per la **procedura ristretta** e tutti i candidati che soddisfano i criteri di selezione debbono essere ammessi al sistema. Nella normativa vigente, per istituire un sistema dinamico di acquisizione le stazioni appaltanti seguono le norme della procedura aperta in tutte le sue fasi fino all'attribuzione degli appalti da aggiudicare nell'ambito di detto sistema.

L'articolo 55 specifica i **termini minimi** per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte sia **nei settori ordinari** che **nei settori speciali**.

L'**appalto** è aggiudicato (comma 8):

- a) **nei settori ordinari**, all'offerente che ha presentato la migliore offerta sulla base dei criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione o, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse. Si conferma nella sostanza dunque quanto previsto attualmente;
- b) **nei settori speciali**, all'offerente che ha presentato la migliore offerta sulla base dei criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione, nell'invito a confermare interesse, o, quando come mezzo di indizione di gara sia stato usato un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, nell'invito a presentare un'offerta.

Inoltre, le stazioni appaltanti debbano indicare nell'avviso di indizione di gara il **periodo di validità del sistema dinamico** di acquisizione e informare la Commissione europea di qualsiasi variazione di tale periodo di validità.

Nella nuova disciplina non trova più riproposizione la previsione che un sistema dinamico di acquisizione non può superare la durata di quattro anni, tranne in casi eccezionali debitamente giustificati.

Infine, si prevede che il Ministero dell'economia e delle finanze, anche avvalendosi di CONSIP S.p.a., possa realizzare un sistema dinamico di acquisizione per conto delle stazioni appaltanti (comma 14).

Aste elettroniche

Il ricorso alle aste elettroniche e le condizioni per tale ricorso trovano già disciplina nell'attuale Codice, all'articolo 85. Lo schema di D.Lgs. in esame, all'articolo 56 recepisce in modo pressoché pedissequo l'articolo 35 della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 53 della direttiva 2014/25/UE, apportando talune modifiche alla disciplina vigente in materia distinguendola, per taluni aspetti, in ossequio alle direttive citate, tra settori ordinari e settori speciali.

La nuova disciplina comunque conferma, al comma 2, che:

- nelle procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione o nelle procedure negoziate precedute da un'indizione di gara, le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione di un appalto sia preceduta da un'asta elettronica quando il contenuto dei documenti di gara, in particolare le specifiche tecniche, possa essere fissato in maniera precisa;
- si può ricorrere all'asta elettronica in occasione della riapertura del confronto competitivo fra le parti di un accordo quadro e dell'indizione di gare per appalti da aggiudicare nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione.

Le stazioni appaltanti possono ricorrere ad aste elettroniche nelle quali vengono presentati nuovi prezzi, modificati al ribasso o nuovi valori riguardanti alcuni elementi delle offerte.

A tal fine, la norma dispone ora che le stazioni appaltanti strutturano **l'asta come un processo elettronico per fasi successive, che interviene dopo una**

prima valutazione completa delle offerte e consente di classificarle sulla base di un trattamento automatico.

L'asta elettronica viene **aggiudicata** in base a uno dei seguenti elementi (già previsti dall'attuale codice) contenuti nell'offerta:

- esclusivamente i **prezzi** quando l'appalto viene aggiudicato sulla sola base del prezzo;
- il **prezzo o i nuovi valori degli elementi dell'offerta** indicati nei documenti di gara, quando l'appalto è aggiudicato sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o costo/efficacia.

Rimane la previsione che il ricorso ad un'asta elettronica è indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse. **Per i settori speciali**, il ricorso ad un'asta elettronica è indicato nell'invito a presentare offerte quando per l'indizione di gara si usa un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione.

Diversamente da quanto disposto dal codice vigente, secondo il quale l'asta elettronica si svolge in un'unica seduta, la nuova disciplina prevede che **l'asta elettronica può svolgersi in più fasi successive** (comma 11).

L'invito, che, secondo il comma 12, è **corredato del risultato della valutazione completa dell'offerta**, continua a precisare la **formula matematica** che determinerà, durante l'asta elettronica, le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi e/o dei nuovi valori presentati.

L'asta è dichiarata conclusa alla data e all'ora preventivamente indicate; **nonché, secondo quanto introduce la nuova disciplina:**

- quando non si ricevono più nuovi prezzi o nuovi valori che rispondono alle esigenze degli scarti minimi, a condizione che sia stato preventivamente indicato il termine da rispettare a partire dalla ricezione dell'ultima presentazione prima di dichiarare conclusa l'asta elettronica;
- quando il numero di fasi dell'asta preventivamente indicato è stato raggiunto.

Cataloghi elettronici

L'articolo 57 - recependo l'articolo 36 della direttiva 2014/24/UE e 54 della direttiva 2014/25/UE - **introduce la previsione** secondo la quale, nel caso in cui sia richiesto l'uso di mezzi di comunicazione elettronici, **le stazioni appaltanti possono chiedere che le offerte siano presentate sotto forma di catalogo elettronico** o che includano un catalogo elettronico.

Secondo quanto prevedono le direttive, gli Stati membri possono rendere obbligatorio l'uso di cataloghi elettronici per alcuni tipi di appalti.

Sono posti a carico delle stazioni appaltanti, puntuali obblighi – differenziati a seconda che si tratti di settori ordinari o di settori speciali - di indicazione della

presentazione dei cataloghi, quando la presentazione delle offerte sotto questa forma è accettata o richiesta (comma 3).

Quando un accordo quadro è concluso con più operatori economici dopo la presentazione delle offerte sotto forma di cataloghi elettronici, le stazioni appaltanti possono prevedere che la riapertura del confronto competitivo per i contratti specifici avvenga sulla base di cataloghi aggiornati. E' disciplinato dalla norma il procedimento da seguire in caso di riapertura del confronto competitivo (comma 4).

Si introducono, da ultimo, particolari indicazioni riguardanti l'aggiudicazione di appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione.

Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione

La disciplina delle **procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione**, contenuta nell'articolo 58 dello schema di decreto, prevede che **le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici**.

Si tratta di una disposizione che non sembra trovare corrispondenza nelle direttive né nell'attuale Codice.

L'utilizzo dei sistemi telematici non deve comunque alterare la parità di accesso agli operatori o impedire, limitare o distorcere la concorrenza o comunque modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara.

Le stazioni appaltanti hanno la facoltà di stabilire che l'aggiudicazione di una procedura interamente gestita con sistemi telematici avvenga con la presentazione di un'unica offerta, ovvero attraverso un'asta elettronica.

L'articolo prevede inoltre, che ai fini del **controllo sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale**, il dispositivo elettronico delle stazioni appaltanti provvede, **mediante un meccanismo casuale automatico, ad effettuare un sorteggio** di cui viene data immediata evidenza per via telematica a tutti gli offerenti, nel rispetto del principio di riservatezza dell'elenco dei soggetti che partecipano alla procedura di gara.

L'articolo prevede che le **procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici** possono essere adottate anche ai fini della stipula delle **convenzioni quadro per l'acquisto di beni e servizi stipulate dal CONSIP** (ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 488/1999).

Le tecnologie devono essere scelte **in modo da assicurare l'accessibilità alle persone disabili**, conformemente agli *standard* europei.

E' demandato **all'Agenzia per l'Italia digitale (AGID)** l'emanazione di regole tecniche aggiuntive per garantire il colloquio e la condivisione dei dati tra i sistemi telematici di acquisto e di negoziazione.

Procedure di scelta per il contraente (artt. 59-65)

Nel Titolo III, relativo alle procedure di affidamento, Capo I, concernente le modalità comuni alle procedure di affidamento, la Sezione IV (articoli da 59 a 65) reca le procedure di scelta per il contraente nei settori ordinari.

Questo *corpus* di norme disciplina la scelta delle procedure (articolo 59), la procedura aperta (articolo 60), la procedura ristretta (articolo 61), la procedura competitiva con negoziazione (articolo 62), l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara (articolo 63), nonché il dialogo competitivo (art. 64) e il partenariato per l'innovazione (art. 65).

Tali articoli sono volti a recepire specificamente gli articoli 26, 27, 28, 29, e 32 della direttiva 2014/24/UE.

Si consideri che – *nonostante il titolo della Sezione qui in esame sia rubricata "procedure di scelta per il contraente per i settori ordinari"* – talune procedure precedentemente indicate si applicano anche ai settori speciali.

Scelta delle procedure

L'articolo 59 individua le procedure di scelta del contraente, recependo l'articolo 26 della direttiva 2014/24/UE, e intervenendo sulla disciplina contenuta nel Codice vigente nell'articolo 54.

L'articolo 59 prevede le seguenti procedure di scelta:

- aperte,
- ristrette,
- dialogo competitivo;
- procedura competitiva con negoziazione;
- partenariati per l'innovazione previa pubblicazione di un bando o un avviso di indizione di gara.

L'**attuale formulazione dell'articolo 54** prevede che le stazioni appaltanti utilizzino le **procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo**. Esse aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta. Alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante il dialogo competitivo. Nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono poi aggiudicare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara.

Secondo la nuova disciplina, **gli appalti relativi ai lavori sono affidati, di regola**, ponendo a base di gara **il progetto esecutivo**, il cui contenuto, come definito dall'articolo concernente i livelli della progettazione (articolo 23, comma 8 dello schema di D.Lgs.), deve garantire la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati, e dare certezza del rispetto dei tempi e dei costi previsti.

La **procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo** sono utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici **nelle seguenti ipotesi**:

- a) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni:
1. le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili;
 2. implicano progettazione o soluzioni innovative;
 3. l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa della natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi;
 4. le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico;
- b) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili. In tali casi, **le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara** se includono nella ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei prescritti requisiti che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

Si segnala che l'articolo elenca i casi in cui le offerte sono da considerare irregolari o da considerare inammissibili, includendo come inammissibili tipologie di offerte che invece la Direttiva 2014/24/UE considera come irregolari.

In particolare, **come la Direttiva 2014/24/UE**, l'articolo 59 considera irregolari le offerte non conformi a quanto prescritto nei documenti di gara e considera inammissibili le offerte che non hanno la qualificazione necessaria e il cui prezzo supera l'importo posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto.

L'articolo 59 **considera invece inammissibili e non irregolari come invece fa la Direttiva 2014/24/UE** le offerte:

- **che sono state presentate in ritardo** rispetto ai termini indicati nel bando o nell'avviso con cui si indice la gara;
- **in relazione alle quali la commissione giudicatrice ritenga sussistenti gli estremi** per informativa alla Procura della Repubblica **per reati di corruzione o fenomeni collusivi** (la direttiva fa riferimento a offerte in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione);
- che l'amministrazione aggiudicatrice ha giudicato anormalmente basse.

La gara è indetta mediante un **bando di gara** e, nel caso in cui l'appalto sia aggiudicato mediante procedura ristretta o procedura competitiva con negoziazione, le amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali possono utilizzare un avviso di preinformazione.

Procedura aperta

L'**articolo 60 disciplina la procedura aperta**, recependo l'articolo 27 della direttiva 2014/24/UE, e intervenendo sulla disciplina vigente contenuta nel Codice negli articoli 55 e 70.

L'articolo stabilisce, in particolare, che **nelle procedure aperte qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta** in risposta a un avviso di indizione di gara.

Il **termine minimo per la ricezione delle offerte è di trentacinque giorni** decorrenti dalla di trasmissione del bando di gara. Il Codice vigente **invece prevede** (articolo 70, comma 2) nelle procedure aperte che il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a **cinquantadue giorni**.

L'articolo 60 dello schema dispone, poi, che nel caso in cui sia stato pubblicato un avviso di preinformazione, non usato come mezzo di indizione di una gara, il termine minimo per la ricezione delle offerte possa **essere ridotto a quindici giorni** quando:

- l'avviso di preinformazione contenga tutte le prescritte informazioni richieste per il bando di gara, che siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione e quando
- l'avviso di preinformazione sia stato inviato alla pubblicazione da non meno di **trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara**.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare un **termine non inferiore a quindici giorni** – anziché i 22 giorni previsti dall'articolo 70, comma 7 del D.lgs. 163/2006 - a decorrere dalla data di invio del bando di gara, **se, per ragioni di urgenza debitamente motivate dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi stabiliti per la ricezione delle offerte** (trentacinque giorni) non possono essere rispettati.

Procedura ristretta

L'**articolo 61 disciplina la procedura ristretta**, recependo l'articolo 28 della direttiva 2014/24/UE, e intervenendo sulla disciplina vigente degli articoli 55 e 70.

In particolare, l'articolo stabilisce che **nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare domanda di partecipazione** in risposta a un **avviso di indizione di gara**.

Il **termine minimo per la ricezione delle domande** di partecipazione è di **trenta giorni** dalla data di trasmissione del bando di gara o, se è utilizzato un avviso di preinformazione come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse. L'articolo 70, comma 3 del D.lgs. 163 del 2006 prevede invece un termine di **trentasette giorni**.

A seguito della valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta. Il **termine minimo per la ricezione delle offerte** è di **trenta giorni** dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte, mentre il Codice vigente (articolo 70, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006) indica tale minimo in **quaranta giorni** dalla data di invio dell'invito a presentare le offerte.

La norma prevede ora che, nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione non utilizzato per l'indizione di una gara, il **termine minimo per la presentazione delle offerte** può essere ridotto a **dieci giorni**, a date e specificate condizioni.

Infine, **quando, per motivi di urgenza debitamente motivati è impossibile rispettare i termini minimi** previsti, l'amministrazione aggiudicatrice può fissare, per la ricezione delle domande di partecipazione, un **termine non inferiore a quindici giorni** dalla data di trasmissione del bando di gara e un termine di ricezione delle offerte **non inferiore a dieci giorni** a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

Procedura competitiva con negoziazione

L'**articolo 62** disciplina la **procedura competitiva con negoziazione**, recependo l'articolo 29 della direttiva 2014/24/UE.

L'articolo dispone che nelle procedure competitive con negoziazione **qualsiasi operatore economico** possa presentare una domanda di partecipazione **in risposta a un avviso di indizione di gara** contenente le prescritte informazioni. Nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici individuano l'**oggetto dell'appalto**, fornendo una descrizione delle loro esigenze, illustrando le caratteristiche richieste per le forniture, i lavori o i servizi da appaltare, specificando i **criteri per l'aggiudicazione** dell'appalto e indicando, altresì, i **requisiti minimi** che tutti gli offerenti devono soddisfare.

L'articolo individua, poi, il termine minimo (30 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara) per la ricezione delle domande di partecipazione e per la ricezione delle offerte iniziali (30 giorni dalla data di trasmissione dell'invito), prevedendo le modalità di negoziazione.

Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione

L'**articolo 63** disciplina la **procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando**, recependo l'articolo 32 della direttiva 2014/24/UE, modificando la disciplina vigente in materia del D.Lgs. n. 163/2006, articolo 57.

Si ricorda che i criteri di delega dispongono:

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

q) armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine 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:

1) individuando espressamente i casi nei quali, in via eccezionale, è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara;

ii) garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia di rilevanza comunitaria, assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, la valutazione comparativa tra più offerte, prevedendo che debbano essere invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nonché un'adeguata rotazione, ferma restando la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di cui alla direttiva 2014/25/UE di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, adottati in conformità ai principi dettati dal TFUE a tutela della concorrenza.

Come anche evidenzia la relazione illustrativa, la nuova disciplina risulta innovativa rispetto alla pregressa, **nella parte in cui esclude la possibilità di ricorrere a tale procedura per i servizi complementari**.

Peraltro, la nuova disposizione anche laddove contempla le medesime fattispecie disciplinate dall'articolo 57 del Codice del 2006, **introduce maggiori cautele e garanzie**, in conformità alla Direttiva 2014/24/UE, come l'esclusione della possibilità di far ricorso alla procedura nel caso in cui le circostanze invocate a giustificazione siano imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

La norma nella sostanza conferma i seguenti casi in cui la procedura in esame può essere utilizzata nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi:

- a) quando non è stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, **purché** venga trasmessa alla Commissione europea una relazione, su sua richiesta. La norma disciplina **quando un'offerta o una domanda di partecipazione deve essere ritenuta non appropriata**;
- b) quando vi sia un solo operatore economico in condizione di poter offrire le prestazioni oggetto dell'appalto. Su tale punto però la nuova disciplina è più dettagliata (per l'acquisizione di un'opera d'arte, perché la concorrenza è assente per motivi tecnici, ovvero per la tutela di diritti esclusivi);

c) o nella misura strettamente necessaria, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, tra questi, ora come in passato, sono inclusi i casi urgenti di bonifica e messa in sicurezza dei siti contaminati ai sensi della normativa ambientale. Vengono ora **incluse esplicitamente le emergenze di protezione civile.**

La procedura rimane inoltre consentita in casi specifici per le forniture, quando, ad esempio, l'oggetto della fornitura sia a scopo di studio o ricerca, oppure quando si tratti di consegne complementari, o per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

Negli appalti pubblici relativi ai servizi, continua a potersi fare ricorso alla procedura solo qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso, nel quale ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

La norma conferma poi che la procedura possa essere utilizzata per **nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi**, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato. **Il ricorso** a questa procedura è però **limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.**

L'articolo prevede, in aggiunta a quanto previsto dalla Direttive, ma in ossequio al criterio di delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettera ii) che - ove possibile - le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e **selezionano almeno cinque operatori economici** (e non più tre come invece dispone la precedente disciplina), se sussistono in tale numero soggetti idonei.

L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

Dialogo competitivo

L'**articolo 64** disciplina la procedura riguardante il dialogo competitivo, recependo l'articolo 30 della direttiva 2014/24/UE, e l'articolo 48 della direttiva

2014/25/UE, modificando la disciplina contenuta nell'articolo 58 del codice degli appalti del 2006.

Il dialogo competitivo, secondo la definizione contenuta nello schema di decreto in esame, è una procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante.

Si segnala che andrebbe coordinata la definizione di "dialogo competitivo" di cui alla lettera vvv) dell'articolo 3 dello schema con l'articolo 64 dello schema medesimo che, a differenza della norma vigente, non sembra fare riferimento agli appalti particolarmente complessi.

L'articolo 64 dello schema conferma che il provvedimento con cui la stazione appaltante decide di ricorrere al dialogo competitivo per la scelta del contraente debba contenere **specificata motivazione** del ricorso a tale procedura.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di **trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara** o, se come mezzo di indizione di gara è usato un avviso di preinformazione o periodico indicativo, dell'invito a confermare interesse, mentre la norma vigente prevede un diverso termine, di trentasette giorni (articolo 70, comma 3 del D.Lgs. 163/2006).

L'articolo 64 indica gli elementi da indicare nel bando di gara o nell'avviso di indizione di gara e precisa le modalità con le quali le stazioni appaltanti avviano con i partecipanti selezionati il dialogo competitivo, confermando che lo stesso si può svolgere in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo e che la stazione appaltante prosegue il dialogo finché non è in grado di individuare la soluzione che possa soddisfare le sue necessità.

Le stazioni appaltanti invitano ciascuno a presentare, in base alla soluzione presentata e specificata nella fase del dialogo, le offerte finali.

L'articolo 64, sulla scorta di quanto prevede la direttiva, dispone che le stazioni appaltanti valutano le offerte sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nei documenti di gara, **potendo condurre negoziazioni con l'offerente che risulta aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo.**

Partenariato per l'innovazione

L'**articolo 65** disciplina il partenariato per l'innovazione recependo l'articolo 31 della direttiva 2014/24/UE, e l'articolo 49 della direttiva 2014/25/UE.

Si tratta di nuova procedura, non prevista nel D.Lgs.n.163/2006, cui le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatari possano fare ricorso per

sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi non presenti sul mercato e a condizione che essi corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti.

L'amministrazione aggiudicatrice e l'ente aggiudicatore può decidere di instaurare il partenariato per l'innovazione con uno o più operatori economici che conducono attività di ricerca e sviluppo separate. Le amministrazioni, nei documenti di gara, devono manifestare l'esigenza di fare ricorso al partenariato fissando i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare.

Il partenariato per l'innovazione è strutturato in fasi successive secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori. Il partenariato per l'innovazione fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevede il pagamento della remunerazione mediante congrue rate. In base a questi obiettivi, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene.

Vengono, altresì, indicate specifiche disposizioni circa la selezione dei candidati prevedendo che, nel selezionare i candidati, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori applichino i criteri relativi alle capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative. Solo gli operatori economici invitati in seguito alla valutazione delle informazioni richieste potranno presentare progetti di ricerca e di innovazione.

Avvisi, bandi e documenti di gara, inviti e informazioni (artt. 66-76)

Consultazioni preliminari di mercato (art. 66)

L'**articolo 66**, in recepimento di quanto previsto dall'articolo 40 della Dir. 2014/24/UE, riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di svolgere **consultazioni preliminari di mercato** (prima dell'avvio di una procedura d'appalto) per (**comma 1**):

- la preparazione dell'appalto;
- lo svolgimento della relativa procedura;
- informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.

A tal fine, le stesse **amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire** (non solo consulenze, come previsto dalla richiamata direttiva europea, ma anche) relazioni o altra **documentazione** tecnica da parte di esperti (nel rispetto di quanto previsto dal provvedimento in esame) o di autorità indipendenti. La documentazione così acquisita potrà essere utilizzata nell'ambito della procedura di appalto, purché non falsi la concorrenza e non violi i principi di non discriminazione e di trasparenza (**comma 2**).

Partecipazione di candidati o offerenti (art. 67)

L'**articolo 67**, che recepisce l'articolo 41 della direttiva 2014/24/UE, contiene **misure dirette a garantire che la concorrenza non sia falsata** dalla partecipazione del candidato o dell'offerente (o dell'impresa collegata a un candidato o a un offerente) che abbia fornito la documentazione di cui all'articolo 66, comma 2 (vedi *supra*), concernente le consultazioni preliminari di mercato. A tale scopo, la **misura minima adeguata** prevista (**comma 1**) consiste nella comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente stesso alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte.

Nel caso in cui non sia comunque possibile il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è **escluso dalla procedura**, salva la possibilità per gli stessi di provare, su invito dell'amministrazione aggiudicatrice e entro un termine comunque non superiore a dieci giorni, che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza (**comma 2**).

Le misure adottate dall'amministrazione aggiudicatrice sono indicate nella relazione unica sulle procedure di aggiudicazione degli appalti prevista dall'articolo 99 del provvedimento in esame (**comma 3**).

Specifiche tecniche (art. 68)

L'**articolo 68**, che recepisce quanto previsto dall'articolo 42 della direttiva 2014/24/UE e attua il criterio di delega previsto dall'articolo 1, comma 1, lettere c) e pp), della L. 11/2016, dispone che le **specifiche tecniche** siano inserite nei documenti di gara² e definiscano le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture. Le specifiche tecniche possono riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un' altra fase del loro ciclo di vita (anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi) e possono altresì indicare se è richiesto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale (**commi 1 e 2**).

Il criterio di cui alla lettera c) contempla la "previsione di specifiche tecniche nei criteri di aggiudicazione di un appalto, nelle condizioni di esecuzione del medesimo nonché nei criteri per la scelta delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione tali da assicurare l'accessibilità delle persone con disabilità, conformemente agli standard europei". Si ricorda, inoltre, il criterio di cui alla lettera pp), che con riferimento alle gare pubbliche per l'acquisto di beni, in linea con quanto sancito dall'articolo 42, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE, prevede specifiche tecniche relative alle gare da espletare, soprattutto in relazione a beni e strumenti informatici e componenti tecnologici, che garantiscano parità di accesso agli operatori e non costituiscano ostacolo alla piena attuazione del principio di concorrenza

In tutti gli appalti destinati all'uso da parte di persone fisiche, sia che si tratti del pubblico che del personale di un'amministrazione aggiudicatrice, le suddette specifiche tecniche, salvo che in casi debitamente giustificati, sono elaborate in modo da tenere conto dei **criteri di accessibilità per le persone con disabilità** o di progettazione adeguata per tutti gli utenti (**comma 3**).

Si precisa, inoltre, che le specifiche tecniche devono consentire pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare, sia direttamente che indirettamente, ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (**comma 4**).

Le specifiche tecniche sono formulate secondo le modalità indicate nel **comma 5**, fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, purché compatibili con la normativa dell'Unione europea.

Per **tutelare la concorrenza** e salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, **le specifiche tecniche non possono menzionare** una fabbricazione, una determinata provenienza o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi resi da un operatore economico specifico, né far riferimento ad elementi (marchio, brevetto o a un tipo, a un'origine o a una

² Le specifiche tecniche a cui si fa riferimento sono quelle indicate al punto 1 dell'Allegato XIII diverse a seconda che si tratti di appalti pubblici di lavori o di appalti pubblici di servizi o di forniture.

produzione specifica) che favorirebbero o eliminerebbero talune imprese o taluni prodotti. In via eccezionale, tale menzione o riferimento sono consentiti nel caso in cui l'applicazione delle modalità di formulazione delle specifiche tecniche elencate nel precedente comma 5 non renda comunque possibile una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto (**comma 6**).

Etichettature (art. 69)

L'**articolo 69** recepisce l'articolo 43 della direttiva 2014/24/UE e dispone che le amministrazioni aggiudicatrici che vogliono acquistare lavori, forniture o servizi con specifiche caratteristiche ambientali, sociali o di altro tipo, possono imporre un'**etichettatura specifica**, come prova che sono rispettate tutte le caratteristiche richieste, quando sono soddisfatte tutte le condizioni seguenti (**comma 1**):

- i requisiti per l'etichettatura sono idonei a definire le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi oggetto dell'appalto, sono basati su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori e sono stabiliti da terzi sui quali l'operatore economico che richiede l'etichettatura non può esercitare un'influenza determinante (**lettere a), b) e e**);
- le etichettature sono accessibili a tutte le parti interessate e sono stabilite nell'ambito di un apposito procedimento aperto e trasparente al quale possano partecipare tutte le parti interessate (**lettere c) e d**)).

Quando un'etichettatura soddisfa le suddette condizioni, ma stabilisce anche requisiti non collegati all'oggetto dell'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere l'etichettatura in quanto tale, ma possono definire le specifiche tecniche con riferimento alle specifiche dettagliate di tale etichettatura (o, all'occorrenza e a parti di queste, connesse all'oggetto dell'appalto e idonee a definirne le caratteristiche) (**comma 4**).

Le amministrazioni aggiudicatrici che non richiedono il soddisfacimento di tutti i requisiti per l'etichettatura, indicano a quali requisiti fanno riferimento. Si prevede che i requisiti possono essere soddisfatti anche per **requisiti equivalenti** e le amministrazioni aggiudicatrici che esigono un'etichettatura specifica accettano tutte le etichettature che confermano che i lavori, le forniture o i servizi soddisfano i requisiti equivalenti (**comma 2**).

Se un operatore economico dimostra di non avere la possibilità, per motivi ad esso non imputabili, di ottenere l'etichettatura specifica indicata o un'etichettatura equivalente entro i termini, l'amministrazione aggiudicatrice accetta altri **mezzi di prova** (compresa una documentazione tecnica del fabbricante) idonei a dimostrare che i lavori, le forniture o i servizi che l'operatore interessato deve

prestare soddisfano i requisiti indicati dall'amministrazione aggiudicatrice (**comma 3**).

Avvisi di preinformazione (art. 70)

L'**articolo 70** recepisce l'articolo 48 della direttiva 2014/24/UE e prevede che le stazioni appaltanti rendano nota, di norma entro il 31 dicembre di ogni anno, l'intenzione di bandire appalti per l'anno successivo attraverso la pubblicazione sul proprio profilo di committente di un **avviso di preinformazione**, recante le informazioni prescritte (dall'allegato XIV, parte I, lettera B, sezione B.1) (**comma 1**).

Andrebbe valutata l'opportunità di modificare il riferimento alla soglia considerato che viene riportato l'articolo 36, che disciplina gli appalti sotto soglia.

Per le procedure ristrette e le procedure competitive con negoziazione, anche le amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali (ossia, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. c), tutte le amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali) possono indire una gara attraverso la pubblicazione di un avviso di preinformazione, purché l'avviso soddisfi tutte le condizioni ivi indicate (**comma 2**).

Il suddetto avviso di preinformazione può essere pubblicato sul profilo di committente quale pubblicazione supplementare a livello nazionale (cfr. scheda su articolo 73). Il periodo coperto dall'avviso può durare al massimo dodici mesi dalla data di trasmissione dell'avviso per la pubblicazione, ma, nel caso di appalti pubblici per servizi sociali e altri servizi specifici, la suddetta copertura può riguardare un periodo più lungo di dodici mesi (**comma 3**).

Bandi di gara (art. 71)

L'**articolo 71** (conforme alle disposizioni dell'art. 49 della direttiva n. 24) dispone che, fatti salvi i casi in cui le stazioni appaltanti possono indire la gara mediante un avviso di preinformazione (art. 59, comma 5, secondo periodo) o quelli in cui possono ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (art. 63), **tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara conformi ai bandi-tipo predisposti dell'ANAC.**

Lo stesso articolo disciplina il **contenuto dei bandi** (oltre a rinviare al successivo articolo 72 per le relative modalità di pubblicazione), prevedendo che essi contengano:

- le **informazioni di cui all'allegato XIV, Parte I, lettera C**;
- i **criteri ambientali minimi (CAM)**, secondo le modalità stabilite dall'art. 34.

Si osserva che l'articolo in esame non disciplina il procedimento per l'emanazione di tali bandi-tipo.

Si fa notare come tale disposizione riproduce nella sostanza quanto già previsto dal vigente art. 64 del Codice. Il comma 4-*bis* detta però una disciplina più dettagliata di quella prevista dell'articolo in esame. Tale comma infatti prevede che l'approvazione dei bandi-tipo da parte dell'ANAC avvenga previo parere del MIT e sentite le categorie professionali interessate. Anche il testo vigente prevede che nei bandi-tipo vi siano indicazioni per l'integrazione nel bando dei CAM. Lo stesso comma consente alle stazioni appaltanti di prevedere deroghe al bando-tipo, ma solo motivandole espressamente nella delibera a contrarre.

Si noti che il comma 4-*bis* in questione stabilisce che nei bandi siano indicate le cause tassative di esclusione.

Si fa notare che il numero 11 della lettera C della parte I del succitato allegato XIV prevede che il bando contenga, tra l'altro, un elenco e una breve descrizione dei criteri riguardanti la situazione personale degli operatori economici che possono comportarne l'esclusione e dei criteri di selezione, nonché il livello o i livelli minimi specifici di capacità eventualmente richiesti e l'indicazione delle informazioni richieste (autocertificazioni, documentazione).

Rileva il **criterio di delega di cui alla lettera t)**, che attribuisce all'ANAC una serie di funzioni e poteri, compresa l'adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante.

Pubblicità degli avvisi e dei bandi (artt. 72-73)

Gli articoli 72 e 73 (che recepiscono le disposizioni degli artt. 51-52 della direttiva n. 24) disciplinano le **modalità di redazione e di pubblicazione, sia a livello europeo che nazionale, dei bandi e degli avvisi.**

Gli articoli in esame sostituiscono la disciplina oggi contenuta nell'art. 66 del D.Lgs. 163/2006.

L'**articolo 72** prevede che gli **avvisi e i bandi** siano redatti e **trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'UE per via elettronica e pubblicati entro 5 giorni** dalla loro trasmissione, con spese a carico dell'UE.

Rispetto al testo vigente dell'art. 66 gli elementi principali di novità sono la trasmissione degli avvisi e dei bandi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'UE (anche se va detto che il testo vigente prevede la trasmissione alla Commissione UE e la successiva pubblicazione con spese a carico della Comunità europea) e, soprattutto, il fatto che **non è più contemplata la possibilità di trasmettere i bandi per via non elettronica.**

L'**articolo 73** prevede che la **pubblicazione a livello nazionale non può precedere quella a livello europeo** e che gli avvisi e i bandi siano **pubblicati, senza oneri, anche:**

- **sul profilo di committente** della stazione appaltante;
- **sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC**, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di *e-procurement*.

E' altresì prevista l'adozione, **entro 6 mesi** dall'entrata in vigore del presente schema, di un **decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti**, d'intesa con l'ANAC, per la **definizione degli indirizzi generali di pubblicazione**, al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, prevedendo il ricorso a strumenti di pubblicità di tipo informatico. Fino alla data che sarà indicata nel predetto decreto (*la norma usa erroneamente il termine "codice"*) è previsto l'obbligo di **pubblicazione** di avvisi e bandi **anche nella G.U.R.I.**³ (confermando quindi l'obbligo attualmente vigente ai sensi dell'art. 66, comma 7, del D.Lgs. 163/2006) **a spese dell'aggiudicatario**.

Gli **effetti giuridici** che l'ordinamento connette alla pubblicità **in ambito nazionale** non **decorrono** più (come previsto dal comma 8 dell'art. 66 del vigente Codice) dalla data di pubblicazione nella G.U.R.I. (dato che tale forma di pubblicazione scomparirà a regime) ma **dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC**. Nelle more della definizione del nuovo sistema, i medesimi effetti continuano a decorrere dalla pubblicazione nella Gazzetta.

Le disposizioni dell'articolo 73 consentono di attuare il **criterio di delega di cui alla lettera s)**, che prevede la "revisione della disciplina in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara, in modo da fare ricorso a strumenti di pubblicità di tipo informatico; definizione di indirizzi generali da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, al fine di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità prevedendo, in ogni caso, la pubblicazione su un'unica piattaforma digitale presso l'ANAC di tutti i bandi di gara".

Si ricorda che l'articolo 26 del D.L. 66/2014 è intervenuto in tema di obblighi di pubblicità, relativi agli avvisi e ai bandi previsti nel D.Lgs. 163/2006. Le modifiche apportate dall'art. 26 (agli articoli 66 e 122 del Codice) prevedono la soppressione dell'obbligo di pubblicazione sui quotidiani per estratto del bando o dell'avviso per l'affidamento dei contratti pubblici nei settori ordinari, sopra e sotto la soglia comunitaria. Viene altresì stabilito l'obbligo di pubblicazione, esclusivamente in via telematica, di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle previste dal Codice, nonché del rimborso delle spese di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione del contratto. Tali disposizioni non sono però finora entrate in vigore. Il comma 1-bis dell'art. 26 ne ha infatti disposto l'applicazione a partire dal 1° gennaio 2016. Successivamente l'art. 7, comma 7, del c.d. decreto milleproroghe 2016 (D.L. 210/2015) ne ha disposto l'entrata in vigore solo dal 1° gennaio 2017.

Disponibilità elettronica dei documenti di gara (art. 74)

L'**articolo 74** (che recepisce l'articolo 53 della direttiva n. 24) prevede che le stazioni appaltanti offrano un **accesso gratuito, illimitato e diretto, e di regola per via elettronica, ai documenti di gara**.

³ Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana.

La principale differenza della disposizione in esame rispetto a quelle di analogo contenuto recate dagli artt. 70-71 del D.Lgs. 163/2006 risiede nel fatto che l'accesso con modalità elettronica è considerato come l'accesso da garantire in via ordinaria, mentre nel testo vigente è considerato semplicemente facoltativo.

L'articolo in esame disciplina altresì i casi in cui non è possibile offrire accesso gratuito, illimitato e diretto per via elettronica.

La relazione illustrativa sottolinea che le norme dell'articolo in esame consentono di attuare i **criteri di delega di cui alla lettera i) ed s)**. Il riferimento alla lettera s) appare in verità più aderente all'articolo precedente. Quello alla lettera i) appare invece più pertinente. La lettera i) infatti richiede la "semplificazione, armonizzazione e progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di affidamento degli appalti pubblici e ... una maggiore diffusione di informazioni e un'adeguata tempistica, e di soluzioni innovative nelle materie disciplinate, ... nonché all'innovazione tecnologica e digitale e all'interconnessione della pubblica amministrazione".

Inviti e informazioni (artt. 75-76)

L'**articolo 75** (che recepisce l'art. 54 della direttiva n. 24), prevede che le stazioni appaltanti **invitino simultaneamente e per iscritto, di norma con procedure telematiche, i candidati selezionati** nell'ambito delle seguenti procedure:

- procedure ristrette;
- dialogo competitivo;
- partenariati per l'innovazione;
- procedure competitive con negoziazione.

Tale disposizione riproduce quella recata dal comma 1 dell'art. 67 del D.Lgs. 163/2006. L'unica differenza sostanziale risiede nella previsione dell'utilizzo, di norma, di procedure telematiche e nel riferimento alle nuove procedure introdotte in recepimento delle direttive.

L'**articolo 76** prevede l'**obbligo per le stazioni appaltanti di informare tempestivamente ciascun candidato o ciascun offerente delle decisioni prese** riguardo:

- alla conclusione di un accordo quadro, o i motivi dell'eventuale decisione di non concluderlo;
- all'aggiudicazione di un appalto, o i motivi dell'eventuale decisione di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura;
- all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, o i motivi dell'eventuale decisione di non attuare un tale sistema.

Tale articolo recepisce fedelmente l'art. 55 della direttiva n. 24. In aggiunta alle disposizioni previste dal citato articolo della direttiva, i commi 4 e 5

dell'articolo in esame riproducono le disposizioni dei commi 5 e 5-*bis* dell'art. 79 del D.Lgs. 163/2006 (i cui altri commi dettano norme analoghe a quelle dei primi tre commi dell'articolo in esame), relative alle **comunicazioni d'ufficio che la stazione appaltante deve rendere** (riguardo, in particolare all'avvenuta aggiudicazione definitiva o alla stipula del contratto) con le seguenti differenze:

- viene stabilito che tali comunicazioni devono avvenire **tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a 5 giorni**;
- viene previsto che le medesime comunicazione avvengano, **di norma, mediante posta elettronica certificata**.

Commissione aggiudicatrice a Albo dei componenti (artt. 77-82)

L'articolo 77 definisce la **composizione della commissione di aggiudicazione e i requisiti dei commissari**.

La principale differenza con la disciplina vigente (contenuta nell'art. 84 del D.Lgs. 163/2006) risiede nelle modalità di formazione della commissione. Mentre nel testo vigente i **commissari sono selezionati**, di norma, tra i funzionari della stazione appaltante, nel testo in esame la scelta avviene **mediante pubblico sorteggio** fra una lista di candidati, comunicata dall'ANAC, estrapolata **dall'elenco degli esperti iscritti all'Albo** dei componenti delle commissioni aggiudicatrici istituito dal successivo art. 78.

Tale diverso regime deriva dall'attuazione del **criterio di delega di cui alla lettera hh)**, il quale prevede, tra l'altro, oltre alla creazione, presso l'ANAC, di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici, "l'assegnazione dei componenti alle commissioni giudicatrici mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno doppio rispetto ai componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione".

La **nomina di componenti interni** alla stazione appaltante viene consentita solamente nei seguenti **casi**:

- **contratti "sotto soglia"**;
- **o contratti di non particolare complessità** (con tale espressione l'articolo fa riferimento alle procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'articolo 58).

In linea con le disposizioni vigenti, l'articolo in esame (al comma 6) disciplina le **cause di incompatibilità e di astensione**, aggiungendovi (rispetto al testo vigente) l'impedimento per chi ha riportato condanne per i reati del capo I del titolo II del libro secondo del codice penale (delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., cioè peculato, corruzione, concussione, ecc.).

Il comma 6 aggiunge infatti alle cause di astensione previste dall'art. 51 c.p.c., le cause di impedimento previste dall'art. 35-*bis* del D.Lgs. 165/2001.

Ulteriori novità rispetto al testo vigente risiedono nel comma 10, secondo cui le **spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico dell'intervento** tra le somme a disposizione della stazione appaltante. Lo stesso comma prevede l'emanazione di un **decreto ministeriale** (emanato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'ANAC) per la determinazione della **tariffa di iscrizione all'albo** e del **compenso massimo per i commissari**. I dipendenti pubblici sono gratuitamente iscritti all'Albo e ad essi non spetta alcun compenso, se appartenenti alla stazione appaltante.

La norma non fissa alcun termine per l'emanazione del citato decreto ministeriale.

Un'ultima novità è la previsione (recata dal comma 2) della **possibilità, per i commissari, di lavorare a distanza con procedure telematiche** che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni.

L'**articolo 78** istituisce presso l'ANAC l'**albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici** nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. All'Autorità è affidata la gestione e l'aggiornamento dell'albo nonché l'individuazione, con proprio atto, dei requisiti di compatibilità, moralità e professionalità che i membri delle commissioni devono possedere ai fini dell'iscrizione all'albo stesso.

Termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte (art. 79)

L'**articolo 79** disciplina i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, prevedendo che le amministrazioni aggiudicatrici **tengano conto** in particolare, nella fissazione di tali termini, **della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte**, in linea con quanto già oggi previsto dall'art. 70, comma 1, del D.Lgs. 163/2006.

Tale articolo recepisce l'art. 47 della direttiva n. 24, ad eccezione dell'ultimo periodo del paragrafo 3, che dispone che se le informazioni supplementari non sono state richieste in tempo utile o la loro importanza ai fini della preparazione di offerte adeguate è insignificante, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a prorogare le scadenze, che non viene previsto dall'articolo in esame.

Motivi di esclusione (art. 80)

L'**articolo 80** riguarda la disciplina dei **motivi di esclusione** dell'operatore economico (o del subappaltatore) dalle gare per appalti pubblici.

La disposizione recepisce l'art. 57 della dir. 2014/24/CE e, in particolare, rispetto alle attuali disposizioni previste dall'art. 38 del Codice degli appalti:

- **integra il catalogo dei reati** che, in caso di condanna definitiva (o patteggiamento) emessa nei confronti del titolare o altri specifici rappresentanti dell'impresa, determinano l'esclusione dalla gara; tra gli altri, sono incluse le fattispecie di associazione a delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti, al contrabbando di tabacchi e al traffico di rifiuti; una numerosa serie di reati contro la pubblica amministrazione; **delitti di terrorismo, anche internazionale**; impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e autoriciclaggio; finanziamento del terrorismo; **sfruttamento del lavoro minorile** e altre forme di tratta di persone; specifiche **ipotesi di riammissione alla gara** sono introdotte in relazione all'entità delle pena inflitta o per il

comportamento collaborativo o risarcitorio dell'operatore economico condannato;

- precisa il significato di “**gravi violazioni**” relative al **pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali**, il cui accertamento definitivo è motivo di esclusione dalla gara; osta, in ogni caso, all'esclusione il pagamento (o il relativo impegno a pagare) del dovuto da parte dell'operatore economico;
- precisa maggiormente le ipotesi di esclusione derivanti da **comportamenti illeciti** dell'operatore economico, tali da mettere in dubbio la sua affidabilità e integrità; la stazione appaltante dovrà in tali casi dimostrare *con mezzi adeguati* la colpevolezza dell'operatore (attualmente è richiesta solo *motivata valutazione* della stazione appaltante); l'ANAC potrà precisare con apposite **linee guida** quali mezzi di prova considerare adeguati ai fini indicati;
- sono introdotte come cause di esclusione il **conflitto di interesse**, non diversamente risolvibile (cfr. art. 42) e una specifica ipotesi di **distorsione della concorrenza**.

Documentazione di gara (art. 81)

L'**articolo 81** – attuando il criterio di delega di cui alla *lett. z)* del comma 1 dell'art. 1 della legge 11/2016 inerente alla **riduzione degli oneri documentali** – stabilisce, in particolare:

- che la documentazione che prova il possesso dei requisiti per la partecipazione alle procedure di appalto sia acquisita soltanto mediante la **banca dati nazionale degli operatori economici**, banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture;
- la **possibilità di riuso** in gare diverse degli esiti dell'accertamento dei citati requisiti;
- che con **DM del Ministro delle infrastrutture**, sentita l'ANAC e l'Agenzia per l'Italia digitale, siano indicati i dati e i documenti inerenti la partecipazione alle gare e al loro esito, le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione degli stessi dati nonché le modalità operative per l'informatizzazione degli stessi dati;
- che una gestione che ostacoli l'interoperabilità delle banche dati da parte del responsabile delle stesse all'interno dell'amministrazione, è oggetto di **valutazione della performance**;
- con apposita **disposizione transitoria**, che, fino all'adozione del citato DM Infrastrutture le stazioni appaltanti utilizzano la banca dati AVC Pass presso l'ANAC.

Rapporti di prova, certificazione e altri mezzi di prova (art. 82)

L'**articolo 82** - di recepimento dell'art. 44 della dir. 2014/24/CE – modifica l'attuale disciplina del Codice degli appalti, prevedendo che le amministrazioni possano esigere dagli operatori economici una **relazione di prova** (o un

certificato rilasciato da un *organismo di valutazione della conformità* (di cui è chiarito il significato) che attesti la conformità ai criteri e requisiti prescritti per l'aggiudicazione dell'appalto. E' tuttavia prevista, in specifici casi, la possibilità di accettare come mezzo di prova altra documentazione prodotta dall'operatore.

A fini di **cooperazione**, è stabilita la possibilità di richiedere la circolarità, in ambito UE, delle informazioni relative alle relazioni di prova e alle altre documentazioni presentate.

Criteri di selezione (art. 83, commi 1-8)

I commi da 1 a 8 dell'articolo 8 dettano disposizioni in gran parte innovative (rispetto a quelle del D.Lgs. 163/2006), essendo innovativa la disciplina dettata dall'art. 58 della direttiva n. 24 (rispetto alle disposizioni recate dalla precedente direttiva appalti n. 2004/18/CE).

L'unico comma che ha contenuto sostanzialmente identico al Codice vigente è il comma 3 che disciplina l'iscrizione nel registro della Camera di commercio o delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali (art. 39 del D.Lgs. 163/2006).

In linea con l'art. 58 della direttiva, il comma 1 stabilisce che i **criteri di selezione riguardano esclusivamente:**

- a) i requisiti di idoneità professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) le capacità tecniche e professionali.

Viene poi precisata (dal primo periodo del comma 2) l'attinenza e **proporzionalità dei requisiti** all'oggetto dell'appalto, tenendo conto dell'interesse pubblico alla **maggior partecipazione possibile alle gare** nel rispetto dei criteri di **trasparenza delle procedure** e di **rotazione negli affidamenti**.

Tale disposizione recepisce alla lettera la maggior parte di quanto previsto dal **criterio di delega di cui alla lettera r)**.

Tale criterio prevede la "definizione dei requisiti di capacità economico-finanziaria, tecnica, ivi compresa quella organizzativa, e professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, che gli operatori economici devono possedere per partecipare alle procedure di gara, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, nonché a favorire l'accesso da parte delle micro, piccole e medie imprese".

Si fa notare che l'attinenza e proporzionalità dei requisiti è altresì prevista dal paragrafo 1 dell'art. 58 della direttiva n. 24.

Nei commi da 3 a 8, in recepimento delle norme dettate dai paragrafi da 2 a 5 dell'art. 58 della direttiva, sono contenute disposizioni atte a disciplinare le **informazioni e i documenti che possono essere richiesti dalle stazioni appaltanti ai fini della verifica del possesso dei requisiti** e delle capacità indicati alle lettere a), b) e c) del comma 1. Le **principali novità** apportate da tali commi rispetto al testo del D.Lgs. 163/2006 riguardano:

- la possibilità per le stazioni appaltanti, ai fini della **verifica della capacità economico-finanziaria** (di cui alla lettera b) del comma 1), di richiedere agli operatori economici un **fatturato minimo annuo** (che, salvo eccezioni

motivate, **non può** comunque **superare il doppio del valore dell'appalto**) compreso un determinato fatturato minimo inerente all'attività oggetto dell'appalto; specifiche **informazioni sui conti annuali**, nonché una **adeguata copertura assicurativa** contro i rischi professionali;

- la possibilità per le stazioni appaltanti, in relazione alla **verifica delle capacità tecniche e professionali** (di cui alla lettera c) del comma 1), di richiedere all'impresa specifici **standard di qualità**, derivanti dal possesso di **adeguate risorse umane e tecniche ed esperienza**;
- la possibilità che il bando di gara (o l'invito a confermare l'interesse manifestato), in relazione ai requisiti di partecipazione, preveda **livelli minimi di capacità dell'impresa, congiuntamente agli idonei mezzi di prova**. Il comma 8 prevede altresì che le stazioni appaltanti effettuano la 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.

Tale ultima disposizione, che non trova corrispondenza nella direttiva, è introdotta in attuazione della parte del **criterio di delega di cui alla lettera uu)** ove infatti si prevede la "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".

Con riferimento ai requisiti di idoneità professionale (di cui alla lettera a) del comma 1), non si registrano invece novità di rilievo, in quanto i documenti previsti ai fini della verifica del loro possesso sono gli stessi previsti dall'art. 39 del D.Lgs. 163/2006 (in particolare l'iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali).

Le linee guida ANAC su requisiti, qualificazione e avvalimento

Il secondo periodo del comma 2 prevede invece, **l'emanazione (entro un anno** dall'entrata in vigore del presente codice), **da parte dell'ANAC, di linee guida relative ai lavori** volte a disciplinare, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso, da parte delle MPMI:

- **il sistema di qualificazione**;
- **i casi e le modalità di avvalimento** (si rinvia in proposito al paragrafo "Avvalimento (art. 89)");
- **i requisiti e le capacità** che devono essere posseduti dal concorrente **e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso** di cui all'allegato XVII.

L'art. 216, comma 2, quarto periodo, prevede che **nelle more dell'emanazione delle linee guida** continuino ad applicarsi, in quanto

compatibili, le disposizioni di cui al **Titolo III** (intitolato “Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori”) della Parte II del **D.P.R. 207/2010**.

Soccorso istruttorio (art. 83, comma 9)

Il comma 9 dell'art. 83, nel rispetto dell'art. 56, paragrafo 3, della direttiva n. 24, modifica la disciplina del soccorso istruttorio (recata dal comma 2-*bis* dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, introdotto dall'art. 39 del D.L. 90/2014), ora previsto in caso di **manca**za, **incompletezza o altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo** (disciplinato dall'art. 85 del presente schema).

In relazione a tale disciplina, in particolare:

- **è ridotta l'entità della sanzione pecuniaria** stabilita dal bando di gara che il concorrente deve pagare alla stazione appaltante (il massimo passa **da 50.000 a 5.000 euro**),
- è chiarita la **nozione di irregolarità essenziali** ed è precisato che l'integrazione istruttoria deve essere accompagnata dalla **quietanza di pagamento della sanzione, a pena di esclusione dalla gara**. Viene altresì precisato che la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione;
- in caso di **irregolarità formali** (ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali), diversamente dal testo vigente che non prevede alcuna richiesta di regolarizzazione, il comma in esame prevede che la stazione appaltante, **pur non applicando alcuna sanzione, ne richieda comunque la regolarizzazione**.

Il seguente testo a fronte evidenzia quanto testé commentato.

| Art. 38, co. 2- <i>bis</i> , del D.Lgs. 163/2006 | Art. 83, co. 9, del presente schema |
|---|--|
| <p>La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2</p> | <p>La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica,</p> |
| <p>obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria.</p> | <p>obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro.</p> |

Art. 38, co. 2-*bis*, del D.Lgs. 163/2006

In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.

Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione,

né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

Art. 83, co. 9, del presente schema

In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, **da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione.**

Nei casi di irregolarità **formali**, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non **essenziali**, la stazione appaltante **ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma** non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine **di regolarizzazione**, il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte. **Costituiscono irregolarità essenziali le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del o dei soggetti responsabili della stessa.**

Si fa notare come la disposizione in esame attui la parte del **critero di delega di cui alla lettera z)** ove si prevede la "riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta".

Si segnala che sulla portata e sulle proiezioni applicative della norma sul soccorso istruttorio introdotta dall'art. 39 del D.L. 90/2014 si è espressa l'ANAC, con la [determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015](#).

Sistema di premialità-penalità delle imprese (art. 83, comma 10)

L'art. 83, comma 10, prevede l'**istituzione, presso l'ANAC, del sistema di premialità-penalità delle imprese basato su criteri reputazionali** valutati secondo:

- parametri oggettivi e misurabili;
- e accertamenti relativi al rispetto dei tempi di realizzazione dell'appalto nonché dei costi nell'esecuzione.

L'ANAC gestisce tale sistema anche con la determinazione di **misure sanzionatorie amministrative** a carico delle imprese che omettano o ritardino la **denuncia obbligatoria** di richieste estorsione e corruttive.

Si fa notare come la disposizione in esame attui sia il **criterio di delega di cui alla lettera q), n. 5)**, ove si prevede proprio "un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia e individuando le norme del codice la cui violazione determina la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell'ANAC", sia il **criterio di delega di cui alla lettera uu)**, ove si prevede l'introduzione di "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".

Attualmente, la denuncia all'ANAC di condotte illecite è prevista dall'art. 54-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001 (Testo unico del pubblico impiego), che stabilisce che, in caso di denuncia del pubblico dipendente all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti o all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi [dell'articolo 2043 del codice civile](#), il denunciante non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia.

Qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84)

L'articolo 84, analogamente a quanto già previsto dall'art. 40 del D.Lgs. 163/2006, dispone che:

- i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici **di importo pari o superiore a 150.000 di euro**, provano il possesso dei requisiti di qualificazione, di regola, mediante **attestazione da parte delle SOA** (società organismi di attestazione), appositi organismi di diritto privato, **autorizzati dall'ANAC** (comma 1);
- il **sistema unico di qualificazione** degli esecutori di contratti pubblici, così costituito, è **articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori** (comma 5);
- le **SOA**, ai sensi del comma 4, **attestano** l'esistenza di:
 - a) **requisiti di carattere generale** (indicati dall'art. 80 del presente codice);
 - b) **requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali** (indicati all'art. 83); tra i requisiti tecnico-organizzativi rientrano i **certificati rilasciati alle imprese esecutrici da parte delle stazioni appaltanti**, che vengono acquisiti dalle SOA unicamente tramite l'Osservatorio dei contratti pubblici, a cui sono trasmessi in copia dalle stazioni appaltanti;
 - c) **certificazioni di sistemi di qualità** conformi alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati;
- la **durata della qualificazione** è di **5 anni, con verifica entro il terzo anno** del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale indicati in apposite linee guida che dovranno essere emanate dall'ANAC (tali requisiti sono attualmente indicati dal D.P.R. 207/2010).

Considerato che il comma 11, nel dettare tali disposizioni, fa riferimento alla "qualificazione della SOA", appare opportuna una riformulazione più chiara, che si limiti a stabilire (come fa il testo vigente) che la durata dell'efficacia della qualificazione è di cinque anni o che precisi che la qualificazione rilasciata dalle SOA ha durata di cinque anni.

Benché sia chiaro che la norma si riferisca alle linee guida di cui all'art. 83, comma 2, appare comunque opportuno esplicitare il riferimento normativo al fine di una maggiore chiarezza della norma in esame.

- **l'ANAC vigila sul sistema di qualificazione** e, a tal fine, effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario (comma 6). Al fine di garantire l'effettività e la trasparenza dei controlli sull'attività di attestazione posta in essere dalle SOA, l'ANAC predetermina e

rende pubblico sul proprio sito il criterio e il numero di **controlli a campione da effettuare annualmente sulle attestazioni rilasciate dalle SOA** (comma 9). I poteri di vigilanza e di controllo sono esercitati anche su motivata e documentata istanza di una impresa ovvero di una SOA o di una stazione appaltante (cfr. art. 71, commi 1, 2 e 4, del D.P.R. 207/2010).

Si fa notare che la nuova disciplina europea, prevista dall'articolo 64 della direttiva n. 24, che riprende l'articolo 52 della precedente direttiva 2004/18/CE, prevede, in via generale, che gli Stati membri possono istituire o mantenere elenchi ufficiali di imprenditori, di fornitori, o di prestatori di servizi riconosciuti o prevedere una certificazione da parte di organismi di certificazione conformi alle norme europee in materia di certificazione.

Oltre alla disciplina vigente, contenuta nell'art. 40 del D.Lgs. 163/2006 e nelle norme attuative del D.P.R. 207/2010, si segnala che l'ANAC, al fine di fornire agli operatori del mercato indicazioni aggiornate e puntuali in materia di attività di qualificazione, ha pubblicato (nell'ottobre 2014) il [Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro](#), che aggiorna, integra e razionalizza circa 300 atti tra Determinazioni, Comunicati e Deliberazioni emanati dal 1999. Il Manuale individua criteri rigorosi per l'utilizzo delle cessioni di rami di azienda ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione; fornisce elementi dettagliati e stringenti per la valutazione dei lavori privati; introduce verifiche più puntuali ai fini dell'accertamento dell'indipendenza di giudizio delle SOA e della vigilanza sulla loro attività; al fine di integrare il predetto Manuale, sono stati predisposti atti tipo diretti a standardizzare le istanze, le dichiarazioni e la documentazione da chiedere alle SOA.

Lo schema in esame non si limita però a confermare l'impianto del sistema e le linee generali testé riportate, ma apporta una serie di novità degne di nota.

Un primo elemento di novità rispetto al passato (contenuto nel **comma 3**) è l'effettuazione (**entro 3 mesi** dall'entrata in vigore dello schema in esame), da parte dell'**ANAC**, di una **ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte delle SOA attualmente operanti**, provvedendo all'esito mediante diffida, sospensione, ovvero decadenza dall'autorizzazione nei casi di mancanza del possesso dei requisiti o di esercizio ritenuto non virtuoso.

Lo stesso comma 3 stabilisce che **sugli esiti** di tale ricognizione straordinaria **l'ANAC dovrà relazionare al Governo e al Parlamento**, allo scopo di fornire elementi di valutazione circa la rispondenza del sistema attuale di qualificazione unica a requisiti di concorrenza e trasparenza, anche in termini di quantità degli organismi esistenti ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di attestazione.

Tale disposizione è strettamente connessa a quella dettata dal **comma 12**, che prevede l'emanazione, **entro un anno** dall'entrata in vigore del codice, di un apposito **decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti**, su proposta

dell'ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, finalizzato all'**individuazione di modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali** da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate (ai sensi dell'art. 38), per migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici, **se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione** degli esecutori di lavori pubblici.

Tale disposizione sembra finalizzata a tener conto del **criterio di delega di cui alla lettera uu)**, che prevede 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...".

Un ulteriore e rilevante elemento di novità è contenuto nella lettera d) del comma 4, che **aggiunge, ai requisiti oggetto di attestazione** da parte della SOA, il **rating di impresa, valutato** sulla base di indici qualitativi e quantitativi che esprimono la capacità strutturale, di affidabilità e reputazionale dell'impresa **secondo criteri individuati con linee guida dell'ANAC**. I requisiti reputazionali tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamentali dell'operatore medesimo, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'assenza di contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva e contrattuale, ivi compresi i versamenti alle Casse edili.

Si osserva che non è chiaro se il riferimento alle linee guida in tale caso è quello alle linee guida di cui all'articolo 83, comma 2, che sono volte a disciplinare il sistema di qualificazione. Sarebbe, al riguardo, opportuno esplicitarlo considerato che l'intero articolo fa riferimento in più punti alle linee guida.

La disposizione in esame contribuisce ad attuare la parte del **criterio di delega di cui alla lettera uu)** ove si prevede l'introduzione di "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".

Il tema dei criteri reputazionali, ossia riguardanti ad esempio la storia imprenditoriale dell'azienda, è una questione su cui negli ultimi anni si è dibattuto. Si veda ad esempio una [segnalazione dell'Autorità del 2012](#) e, da ultimo, l'[audizione del Presidente dell'Autorità](#) svoltasi al Senato nell'ambito dell'esame del disegno di legge delega, che si è pronunciato non solo in merito a tali criteri, ma anche al raccordo con la normativa in materia di *rating* di legalità (v. *infra*).

L'articolo 5-ter del decreto-legge 1/2012 al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, ha attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) i compiti di:

- segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del sopraindicato scopo anche in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché di procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno;
- elaborare ed attribuire, su istanza di parte, un rating di legalità;
- per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza, secondo i criteri e le modalità stabilite da un regolamento dell'AGCM;
- al fine dell'attribuzione del *rating*, possono essere chieste informazioni a tutte le P.A.;
- del *rating* attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle P.A., nonché in sede di accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto dei Ministri dell'economia e delle finanze e dello sviluppo economico;
- gli istituti di credito che omettono di tener conto del *rating* attribuito in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta.

Il regolamento attuativo è stato approvato con provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 14 novembre 2012, n. 20075, modificato, da ultimo, il 4 dicembre 2014. Il Ministero dell'economia e delle finanze (D.M. 20 febbraio 2014, n. 57) ha adottato il Regolamento concernente l'individuazione delle modalità in base alle quali si tiene conto del *rating* di legalità attribuito alle imprese ai fini della concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e di accesso al credito bancario.

Degna di nota è anche la disposizione (contenuta nel **comma 8**) che demanda alle linee guida (*anche in questo caso il riferimento alle linee guida non è chiarissimo; appare preferibile sempre fare riferimento alle linee guida di cui all'art. 83, comma 2*) dell'ANAC anche la **disciplina dei criteri per la determinazione dei corrispettivi dell'attività di qualificazione**, in rapporto all'importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate cui si richiede di essere qualificati, avendo riguardo anche alla necessaria **riduzione degli stessi (corrispettivi) in caso di consorzi stabili nonché per le MPMI** (microimprese e le piccole e medie imprese).

In proposito si fa notare che la lettera e) del comma 4 dell'art. del Codice vigente demanda al regolamento la disciplina dei criteri per la determinazione delle tariffe applicabili all'attività di qualificazione, ferma restando l'inderogabilità dei minimi tariffari. In attuazione di tale disposizione, l'art. 70, comma 4, secondo periodo, del D.P.R. 207/2010, stabilisce che "per i consorzi stabili, il corrispettivo spettante alle SOA per ciascuna attività è ridotto del cinquanta per cento; per le imprese qualificate fino alla II classifica di importo (cioè per importi fino a 516.000 euro), il corrispettivo spettante alle SOA per ciascuna attività è ridotto del venti per cento".

Al **comma 6** si prevede, inoltre, l'**obbligo, per le stazioni appaltanti, di effettuare controlli**, almeno a campione, secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all'ANAC. Lo stesso comma stabilisce **che** i

controlli effettuati **costituiscono elemento positivo di valutazione ai fini dell'attribuzione della premialità** nell'ambito del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dall'art. 38.

Ulteriori novità risiedono nelle disposizioni del comma 2. Tale comma, al fine di rendere più efficaci i controlli funzionali al rilascio dell'attestazione, dispone che l'ANAC, nell'ambito delle linee guida di cui all'art. 83, comma 2, provveda all'**individuazione dei livelli standard di qualità dei controlli che le SOA devono effettuare**, con particolare riferimento a quelli di natura non meramente documentale. L'attività di monitoraggio e controllo di rispondenza ai suddetti livelli standard di qualità comporta l'esercizio di poteri di diffida, ovvero, nei casi più gravi, sospensione o decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'ANAC.

Il comma 9-ter dell'art. 40 del Codice vigente prevede che in caso di inadempienza (all'effettuazione dei controlli) l'Autorità procede a dichiarare la decadenza dell'autorizzazione alla SOA all'esercizio dell'attività di attestazione.

L'articolo in esame disciplina altresì (al **comma 10**) le **sanzioni connesse alla violazione delle linee guida** (*anche in questo caso appare opportuno specificare che trattasi delle linee guida di cui all'art. 83, comma 2*) e le modalità per l'irrogazione delle medesime da parte dell'ANAC.

L'attuale disciplina delle sanzioni nei confronti delle SOA (sia pecuniarie che comportanti la sospensione e decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione), più dettagliate rispetto a quelle previste dal comma in esame, è contenuta nell'art. 73 del D.P.R. 207/2010.

La relazione illustrativa sottolinea, con riguardo alla certificazione dei lavori eseguiti all'estero presso le sedi estere del MAECI, che l'abrogazione del D.P.R. 207/2010 fa venire meno la procedura di certificazione dei lavori eseguiti all'estero ai fini del rilascio delle attestazioni SOA (attualmente prevista dall'art. 8, comma 7, e dall'art. 84 del D.P.R. 207/2010). Conseguentemente, le SOA procederanno autonomamente anche alle verifiche necessarie per le certificazioni dei lavori eseguiti all'estero ai fini delle qualificazioni previste dall'articolo in esame.

Documento di gara unico europeo (artt. 85 e 86)

L'**articolo 85** (che recepisce l'articolo 59 della direttiva n. 24) introduce il documento di gara unico europeo (DGUE), che consiste in un'**autodichiarazione** fornita, **esclusivamente in forma elettronica a decorrere dal 18 aprile 2018** (in linea con quanto previsto dall'art. 90, paragrafo 3, della direttiva n. 24), come **prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi**, in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa una serie di condizioni (la norma richiama in particolare l'assenza di motivi di esclusione e il soddisfacimento dei criteri di selezione-qualificazione) e con cui sono rese le informazioni rilevanti richieste dalla stazione appaltante.

Essendo un mezzo di prova "preliminare", alle stazioni appaltanti è consentito "chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura". Ciò non può però essere richiesto qualora tali documenti siano già presenti nella Banca dati nazionale degli operatori economici istituita dall'art. 81 presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Il modello di formulario per il DGUE è stato approvato dal [regolamento di esecuzione \(UE\) n. 2016/7](#) della Commissione del 5 gennaio 2016.

Si fa notare che la disposizione in esame consente di attuare il **criterio di delega di cui alla lettera aa)** che richiede la "previsione che, al fine di ridurre gli oneri documentali, i partecipanti alle gare possano utilizzare il documento di gara unico europeo (DGUE) o analogo documento predisposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per autocertificare il possesso dei requisiti".

Nella relazione illustrativa si sottolinea che l'utilizzo del DGUE viene prescritto "anche al fine di favorire la partecipazione alle gare delle MPMI".

In effetti l'84° considerando della direttiva n. 24 ricorda che 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. Limitare tali requisiti, ad esempio mediante l'uso di un documento di gara unico europeo (DGUE) consistente in un'autodichiarazione aggiornata, potrebbe comportare una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici.

Si ricordano altresì le disposizioni dell'art. 13 dello Statuto delle imprese (L. 180/2011), in particolare quelle dettate dal comma 3 secondo cui le micro, piccole e medie imprese che partecipano alle gare di appalto di lavori, servizi e forniture possono presentare autocertificazioni per l'attestazione dei requisiti di idoneità. Inoltre le amministrazioni pubbliche e le autorità competenti non possono chiedere alle imprese documentazione o certificazioni già in possesso della pubblica amministrazione o documentazione aggiuntiva rispetto a quella prevista dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Mezzi di prova (art. 86)

L'**articolo 86** recepisce l'art. 60 della dir. 2014/24/UE e riguarda i **mezzi di prova** relativi alla mancanza dei motivi di esclusione (art. 80) e del possesso dei requisiti di selezione in capo all'operatore economico (art. 83).

Per quanto riguarda la dimostrazione dell'assenza di condanne penali o di applicazione di misure di prevenzione le stazioni appaltanti accettano **l'estratto del casellario giudiziario** o documento equivalente rilasciato dall'autorità giudiziaria o amministrativa (attualmente l'art. 38, comma 2, del Codice prevede una dichiarazione sostitutiva).

In relazione al requisito della regolarità fiscale, si chiarisce l'accettazione come mezzo di prova di una **certificazione rilasciata dall'amministrazione fiscale**, mentre per provare il regolare pagamento dei contributi si prevede l'accettazione del **DURC** (documento unico di regolarità contributiva).

Si osserva che il rinvio al comma 3 dell'art. 80 da parte del comma 2, lett. b) dell'art. 86 dovrebbe più correttamente essere effettuato al comma 4.

Nell'ottica della circolarità delle informazioni, viene poi previsto che:

- mediante il **registro online dei certificati** (*e-Certis*) venga messa a disposizione degli Stati membri l'eventuale dichiarazione di uno Stato che attesta che la sua normativa interna non prevede il rilascio di tale certificazione e documentazione o che essa non riguarda tutti i casi previsti.

Anche in tal caso andrebbe verificata, al comma 3 dell'art. 86, la correttezza del rinvio ai "documenti o i certificati di cui ai commi 2 e 3".

- su richiesta di uno Stato membro, **la cabina di regia** metta a disposizione le informazioni sui motivi di esclusione generali, sulla carenza di idoneità professionale, tecnica e finanziaria dell'impresa nonché le eventuali informazioni sui mezzi di prova.

Certificazioni di qualità (art. 87)

L'**articolo 87** (che recepisce fedelmente l'articolo 62 della direttiva n. 24) prevede, al comma 1, che le amministrazioni aggiudicatrici, qualora richiedano la presentazione di certificati per attestare che l'operatore economico soddisfa determinate norme di garanzia della qualità, compresa l'accessibilità per i disabili, facciano riferimento ai **sistemi di garanzia della qualità basati sulle norme europee in materia e certificati da organismi accreditati**.

Si tratta di una disposizione che, ad eccezione del riferimento all'accessibilità per i disabili, non presente nel testo vigente del Codice, ripropone nella sostanza le disposizioni dell'art. 43 del D.Lgs. 163/2006.

Nel caso si richiedano attestazioni relative al rispetto, da parte dell'operatore economico, di determinati sistemi o norme di gestione ambientale, il comma 2 (che riproduce nella sostanza le disposizioni dell'art. 44 del D.Lgs. 163/2006) prevede che le amministrazioni aggiudicatrici fanno riferimento al sistema dell'UE di ecogestione e audit (**EMAS**) o ad **altri sistemi ad esso conformi o ad altre norme di gestione ambientale fondate su norme europee o internazionali in materia, certificate da organismi accreditati**.

Registro e-Certis (art. 88)

L'**articolo 88**, che riproduce il contenuto dell'articolo 61 della direttiva n. 24, prevede che le informazioni concernenti i certificati e altre forme di prove documentali introdotte in e-Certis e stabilite dalla Commissione europea sono costantemente aggiornate tramite la cabina di regia e che **le stazioni appaltanti ricorrono a e-Certis** e richiedono, in primo luogo, i tipi di certificati o le forme di prove documentali che sono contemplati da e-Certis,

Si segnala che il riferimento normativo relativo alla cabina di regia è l'articolo 212 e non l'articolo 213 come riportato nello schema.

Nell'87° considerando della direttiva n. 24 si legge che "la Commissione mette a disposizione e gestisce un sistema elettronico - e-Certis, che è attualmente aggiornato e verificato su base volontaria dalle autorità nazionali. L'obiettivo di e-Certis è agevolare lo scambio di certificati e altri documenti probatori, spesso richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici. L'esperienza acquisita finora indica che l'aggiornamento e la verifica su base volontaria sono insufficienti a garantire che e-Certis possa esprimere il suo pieno potenziale per semplificare e agevolare gli scambi di documentazione a favore delle PMI. La manutenzione dovrebbe pertanto essere resa obbligatoria in una prima fase. Il ricorso ad e-Certis sarà reso obbligatorio in una fase successiva".

L'art. 61 della medesima direttiva, inoltre, prevede che la Commissione europea mette a disposizione su e-Certis il documento di gara unico europeo (DGUE) in tutte le versioni linguistiche.

Avvalimento (art. 89)

La nuova disciplina dell'avvalimento contenuta nell'articolo 89, da un lato conferma parte delle disposizioni dettate dall'art. 49 del D.Lgs. 163/2006, dall'altro introduce nuove disposizioni in recepimento dell'articolo 63 della direttiva n. 24 e dell'art. 79 della direttiva n. 25.

Non sono invece riprodotte nella nuova disciplina le norme contenute nel comma 9 dell'art. 49 (v. *infra*), nonché quelle di cui al comma 2, che elenca le dichiarazioni da presentare ai fini dell'avvalimento. Non sembrano inoltre essere riportate le norme di cui all'art. 50, che regola, per i lavori, l'avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione (c.d. avvalimento stabile). Ciò potrebbe essere giustificato dalla disposizione dettata dall'art. 83, comma 2, secondo cui l'ANAC, nell'ambito delle linee guida destinate a regolare il sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (di cui all'art. 84), disciplinerà i casi e le modalità di avvalimento.

La **direttiva n. 24** si occupa dell'avvalimento all'**articolo 63**, rubricato "Affidamento sulle capacità di altri soggetti". Le disposizioni in esso contenute, seppur limitandosi comunque ai profili essenziali, appaiono più articolate rispetto a quelle dettate all'interno degli articoli 47-48 della precedente direttiva 2004/18/CE. Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, si ribadisce che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

La **lettera zz) della legge delega** prevede la revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, al fine di escludere la possibilità di ricorso all'avvalimento a cascata e prevedendo che non possa essere oggetto di avvalimento il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare.

Talune parti di tale criterio sono richiamate in corrispondenza dell'analisi dell'articolo 89.

Le norme confermativa della disciplina vigente

In linea con la disciplina vigente, l'articolo in esame consente all'operatore economico, singolo o in raggruppamento, per un determinato appalto, di dimostrare il possesso dei requisiti per partecipare alla gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti (comma 1), che divengono responsabili in solido con il concorrente nei confronti della stazione appaltante (primo periodo del comma 5).

Vengono altresì riproposte le disposizioni vigenti che, in caso di dichiarazioni mendaci (finalizzate all'applicazione dell'avvalimento), la stazione appaltante esclude il concorrente ed escute la garanzia, così come quelle che pongono in capo anche all'impresa ausiliaria gli obblighi previsti dalla normativa antimafia (ultimo periodo del comma 1 e secondo periodo del comma 5).

Allo stesso modo, vengono confermate le norme che vietano la partecipazione, alla medesima, gara, sia dell'impresa ausiliaria che di quella che si avvale dei requisiti (comma 7), nonché le norme che stabiliscono che il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (comma 8).

Viene inoltre ribadito l'obbligo, in capo alla stazione appaltante, di trasmettere all'ANAC tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità (comma 9, ultimo periodo), nonché il divieto di avvalimento per il soddisfacimento del requisito di iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali (comma 10).

Avvalimento plurimo e avvalimento frazionato (comma 6)

Il comma 6, in linea con la legislazione vigente, conferma la possibilità di avvalersi di una o più imprese ausiliare (c.d. avvalimento plurimo o multiplo).

In proposito si fa notare che l'attuale formulazione del comma 6 dell'art. 49 del D.Lgs. 163/2006, è la risultante della riscrittura operata dall'art. 21 della L. 161/2014 (c.d. legge europea 2013-*bis*), con cui è stato eliminato il divieto, in via generale, di ricorrere a tale forma plurima di avvalimento. L'intervento operato dalla L. 161/2014 si è reso necessario in seguito alla [sentenza della Corte di giustizia europea del 10 ottobre 2013](#) (causa C-94/12). Prima dell'approvazione della L. 161/2014, l'allora Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (oggi sostituita dall'ANAC) aveva diramato un [comunicato](#) per fornire indicazioni alle stazioni appaltanti, in seguito alla citata sentenza della Corte di Giustizia Europea.

Rispetto al testo del Codice vigente (in linea con quanto previsto dall'art. 63 della direttiva n. 24), **non è riprodotta** la disposizione che limita l'avvalimento plurimo, **nel caso dei lavori**, ponendo il **divieto di utilizzo frazionato** per il

concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che hanno consentito il rilascio **dell'attestazione SOA** in quella categoria.

Nel citato comunicato dell'AVCP, l'Autorità sottolineava che "resta fermo il principio espresso dalla Corte nel caso di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori; in un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrà legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici".

Divieto di avvalimento per opere tecnicamente complesse o di notevole contenuto tecnologico (comma 11)

Il comma 11 dell'articolo in esame introduce una nuova disposizione (*che non trova corrispondenze nel testo della direttiva n. 24 e nemmeno nel Codice*), che si applica ad appalti e concessioni di lavori, che vieta l'avvalimento in caso di opere tecnicamente complesse o di notevole contenuto tecnologico (quali strutture, impianti e opere speciali) **con valore superiore al 15% dell'importo totale dei lavori**.

Lo stesso comma demanda ad un apposito **decreto ministeriale** (adottato dal Ministro delle infrastrutture e trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici), *di cui non viene indicato un termine per l'emanazione*, la **definizione dell'elenco delle opere** in questione e **dei requisiti di specializzazione** necessari per la loro esecuzione.

L'**art. 216, comma 2, quinto periodo**, prevede che **nelle more dell'emanazione** di tale decreto continuino ad applicarsi le disposizioni sulle opere specialistiche dettate dall'**art. 12 del D.L. 47/2014**.

In particolare si ricorda che il comma 2 di tale articolo 12 ha operato una riduzione delle categorie specializzate "a qualificazione obbligatoria", cioè che non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni.

Legami tra concorrente e soggetti di cui ci si avvale (commi 1 e 2)

Con riferimento ai soggetti di cui ci si può avvalere, sia il comma 1 che il comma 2 (in recepimento, rispettivamente, delle disposizioni del primo periodo del paragrafo 1 dell'art. 63 della direttiva n. 24 e del primo periodo del paragrafo 1 dell'art. 79 della direttiva n. 25), introducono in modo esplicito la precisazione che tali soggetti possono anche essere partecipanti al raggruppamento, e che **non rileva la natura giuridica dei legami tra il concorrente e i soggetti di cui ci si avvale**.

Si tratta di un principio affermato da tempo a livello comunitario (v. sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 1999, causa C-176/98) e che era già contenuto nell'art. 47 della precedente "direttiva appalti" (direttiva n. 2004/18/CE).

Nuove condizioni per l'avvalimento (comma 1, secondo e terzo periodo)

In recepimento dell'art. 63 della direttiva, il comma 1 introduce nell'ordinamento nazionale le seguenti condizioni per l'operatività dell'avvalimento:

- per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei **titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali** pertinenti, **l'avvalimento è consentito solo se i soggetti di cui ci si avvale eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste;**
- **obbligo di dimostrare** alla stazione appaltante **l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari.**

Si tratta di disposizioni che sembrano in linea con le richieste del **criterio di delega di cui alla lettera zz)**, nella parte in cui prevede che "il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara.

Relativamente alla parte del criterio di cui alla lettera zz), che prevede che non possa essere oggetto di avvalimento il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale, si segnala che la disposizione provvede a limitare il ricorso a tale ipotesi alle condizioni previste nella normativa europea.

Relativamente alle certificazioni di qualità, in ordine alle quali non sembrano riscontrarsi specifiche previsioni nella norma in commento, si segnala che l'allora AVCP nella citata determinazione n. 2/2012, ha sottolineato che "il rilascio di tale certificazione costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l'intera struttura aziendale; ne deriva che proprio l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità. Sono emerse in giurisprudenza opinioni contrastanti sull'ammissibilità del ricorso all'avvalimento per quanto concerne la certificazione di qualità. Sul punto, si ritiene di confermare la posizione già espressa dall'Autorità nel senso dell'inammissibilità del ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità".

Divieto di avvalimento a cascata (comma 6)

Il comma 6 introduce il divieto di avvalimento a cascata, stabilendo che l'impresa ausiliaria non può avvalersi a sua volta di altro soggetto, in accoglimento di una specifica richiesta in tal senso contenuta nel **criterio di delega di cui alla lettera zz)**.

Si fa notare che l'illegittimità del'avvalimento a cascata è stata più volte affermata dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. ad es. la sentenza 7 marzo 2014. n. 1072, del Consiglio di Stato), in linea con quanto espresso dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (oggi sostituita dall'ANAC) nella sua determinazione n. 2/2012, ove si legge che "l'istituto dell'avvalimento è applicabile al solo concorrente e non anche all'impresa ausiliaria. Di conseguenza, non può ritenersi consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto (c.d. avvalimento a cascata). La deroga

al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara trova un bilanciamento nel rapporto diretto ed immediato tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria, cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione alla prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare, come sopra rammentato. L'inserimento di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e l'impresa che possiede i requisiti finirebbe per spezzare questo vincolo di responsabilità ed accentuerebbe la deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti di gara senza l'introduzione di meccanismi compensativi".

Avvalimento nei confronti di più concorrenti (comma 7)

Il comma 7, in linea con quanto già previsto dal Codice vigente, non consente, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente.

Non viene invece riprodotta la disposizione di cui al vigente comma 9 dell'art. 49, secondo cui il bando può prevedere "che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario".

Possibilità di escludere l'avvalimento nei documenti di gara (comma 4)

Il comma 4, recependo in modo fedele il disposto del paragrafo 2 dell'art. 63 della direttiva n. 24, introduce una disposizione che attribuisce la **facoltà, per la stazione appaltante** – nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura – di prevedere nei documenti di gara che **taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente** o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

Verifiche rafforzate (commi 3 e 9)

L'articolo in esame introduce nuove disposizioni finalizzate alla verifica dei requisiti in capo alle imprese ausiliarie di cui si avvale il concorrente.

In recepimento dell'art. 63 della direttiva, il **comma 3** pone in capo alla stazione appaltante l'onere di **verificare i requisiti delle ausiliarie e di imporre all'operatore economico di sostituire le imprese che non li soddisfano**.

La direttiva prevede altresì la **possibilità**, per l'amministrazione aggiudicatrice, di **imporre sostituzioni anche in presenza di motivi non obbligatori di esclusione**. Nel recepire tale disposizione, il comma 3 aggiunge che ciò è possibile "**purché si tratti di requisiti tecnici**".

Il **comma 9** prevede l'effettuazione, da parte della stazione appaltante, di **verifiche sostanziali in corso d'esecuzione** circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

Tali disposizioni sembrano recepire quanto richiesto dal **criterio di delega di cui alla lettera zz)**, nella parte in cui prevede che si proceda alla "revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, ... rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto".

Elenchi ufficiali di operatori economici e certificazioni (art. 90)

L'**articolo 90**, recependo quanto disposto dall'articolo 64 della direttiva 2014/24/UE, dispone che **l'iscrizione degli operatori economici in elenchi ufficiali di imprenditori, fornitori o prestatori di servizi o il possesso di un'apposita certificazione** rilasciata da organismi accreditati⁴ costituisce **presunzione di idoneità** ai fini dei requisiti di selezione qualitativa.

La normativa vigente disciplina gli elenchi ufficiali di fornitori o di prestatori di servizi all'articolo 45 del d.lgs. 163/2006.

A tal fine, tali operatori possono presentare alla stazione appaltante, per ogni appalto, un certificato d'iscrizione o il certificato rilasciato dall'organismo di certificazione competente (**comma 1**). Tali certificati indicano le referenze che consentono l'iscrizione negli elenchi o di ottenere il rilascio della certificazione nonché la relativa classificazione. Nel caso in cui gli operatori economici facciano parte di un **raggruppamento** (e che dispongano di mezzi forniti da altre società del raggruppamento), l'iscrizione negli elenchi o il certificato indicano specificamente i mezzi di cui si avvalgono, la proprietà degli stessi e le condizioni contrattuali dell'avvalimento (**comma 3**).

Inoltre, è disposto l'**obbligo**, per le amministrazioni o gli enti che gestiscono gli elenchi e per gli organismi di certificazione, di **comunicare** alla Cabina di regia (di cui al successivo articolo 212) i propri dati entro 3 mesi dall'entrata in vigore del provvedimento in esame (ovvero dall'istituzione di nuovi elenchi o albi o di nuovi organismi di certificazione), provvedendo altresì all'aggiornamento dei dati comunicati (**comma 2**).

E' inoltre previsto che i dati risultanti dall'iscrizione negli elenchi ufficiali o dalla certificazione in precedenza richiamati possano essere **contestati** con qualsiasi altro mezzo di prova in sede di verifica dei requisiti degli operatori economici da parte di chi vi abbia interesse (**comma 5**).

Si osserva che andrebbe specificato, oltre al comma 4, le disposizioni del presente articolo che si applicano solamente agli operatori economici stabiliti nello Stato membro che detiene l'elenco ufficiale.

L'iscrizione in elenchi ufficiali o la certificazione **non possono essere imposte** agli operatori economici degli altri Stati membri, per la loro partecipazione a un appalto pubblico; a tal fine è disposto l'obbligo, per le

⁴ Ai sensi del regolamento (CE) n.765/2008, del Parlamento europeo e del Consiglio, di cui all'allegato XIII. Il richiamato allegato dispone che nel caso di appalti pubblici di servizi o di forniture, le specifiche tecniche contenute in un documento definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, tra cui i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, nonché una specifica progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità) nonché la valutazione della conformità dei requisiti posseduti.

stazioni appaltanti, di riconoscere i certificati equivalenti di organismi stabiliti in altri Stati membri e di accettare altri mezzi di prova equivalenti (**comma 8**).

Infine, gli elenchi sono soggetti a pubblicazione sul profilo del committente e sul casellario informatico dell'ANAC (**comma 10**).

Riduzione del numero di candidati e del numero delle offerte (artt. 91 e 92)

L'**articolo 91** (che recepisce sostanzialmente l'art. 65 della direttiva n. 24) **consente alle stazioni appaltanti di operare una riduzione del numero dei candidati** che soddisfano i criteri di selezione e che possono essere invitati a presentare un'offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo.

Tale disposizione si applica alle seguenti procedure:

- procedure ristrette;
- procedure competitive con negoziazione;
- procedure di dialogo competitivo;
- partenariati per l'innovazione.

Lo stesso articolo pone le seguenti **condizioni**:

- la riduzione deve essere prevista “quando lo richieda la **difficoltà o complessità** dell'opera, della fornitura o del servizio” (tale condizione, che riproduce quanto già contemplato dal comma 1 dell'art. 62 del D.Lgs. 163/2006, non è contemplata dalla corrispondente disposizione europea);
- per avvalersi di tale facoltà è necessaria la previa **indicazione nel bando di gara o nell'invito** a confermare interesse di criteri oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità, che le stazioni appaltanti intendono applicare, nonché il numero minimo dei candidati che intendono invitare;
- deve essere assicurato il seguente **numero minimo di candidati**:
 - **5**, nelle procedure ristrette;
 - **3**, nella procedura competitiva con negoziazione, nella procedura di dialogo competitivo e nel partenariato per l'innovazione.

In realtà lo stesso articolo 91, in linea con la direttiva, dispone che se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi di capacità è inferiore al numero minimo, la stazione appaltante può comunque proseguire la procedura invitando i candidati in possesso delle capacità richieste.

L'**articolo 92** (che recepisce l'art. 66 della direttiva n. 24) dispone che quando le stazioni appaltanti ricorrono alla facoltà di operare una **riduzione del numero di offerte da negoziare o di soluzioni da discutere**, effettuano tale riduzione **applicando i criteri di aggiudicazione indicati nei documenti di gara**.

Si fa notare che le disposizioni dettate dagli articoli in esame riproducono nella sostanza quelle contenute nell'articolo 62 del D.Lgs. 163/2006. L'unica differenza sostanziale che si riscontra nell'art. 91 in commento, rispetto al testo vigente, è la **riduzione del numero minimo di candidati**.

A titolo di esempio, soffermandosi sulle procedure ristrette, mentre il testo vigente (art. 62, comma 2) prevede che il numero minimo di candidati non possa essere inferiore a 10 (oppure a 20, nel caso di lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di euro), il comma 2 dell'art. 91 in esame prevede un numero minimo di soli 5 candidati.

Garanzia per la partecipazione alla procedura (art. 93)

L'articolo 93 disciplina la garanzia a corredo dell'offerta, riproducendo, nella sostanza, le norme vigenti dettate dall'art. 75 del D.Lgs. 163/2006.

La norma in esame conferma quindi:

- l'importo della garanzia, nella misura del **2% del prezzo indicato nel bando o nell'invito**;
- le forme nelle quali può essere prestata (**cauzione o fideiussione**);
- il contenuto e le modalità per la sua costituzione;
- le disposizioni che disciplinano gli effetti della garanzia;
- la **validità** della garanzia (di norma **180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta**);
- le finalità cui è sottesa (**copertura della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario**);
- lo **svincolo** della garanzia, che avviene in modo **automatico al momento della sottoscrizione del contratto** medesimo.

Le disposizioni del comma 7, che disciplinano l'importo della garanzia, riproducono quelle dettate dal corrispondente comma dell'art. 75 del Codice (come modificato dall'art. 16 della legge n. 221/2015, c.d. collegato ambientale), che vengono integrate con l'**aggiunta di una riduzione (pari al 30%), applicabile nei contratti di servizi e forniture**, per gli operatori economici in possesso del *rating* di legalità o attestazione del c.d. modello organizzativo 231 (vale a dire il modello adottato, ai sensi del D.Lgs. 231/2001, da una persona giuridica o da società e associazioni anche prive di personalità giuridica, volto a prevenire la responsabilità penale dell'ente) o di certificazione *social accountability 8000*, o di certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di certificazione OHSAS 18001, o di certificazione ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (*Energy Service Company*) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici.

Riepilogando si configura il seguente sistema di “sconti” applicabili alla garanzia in esame:

| Tipo d'appalto | Sconto | Condizioni per l'applicazione dello sconto |
|----------------------------|------------|---|
| lavori, servizi, forniture | 50% | certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, rilasciata da, organismi accreditati, ai sensi delle norme europee UNI CEI EN 45000 e UNI CEI EN ISO/IEC 17000 |
| lavori, servizi, forniture | 30% | registrazione al sistema comunitario di ecogestione e <i>audit</i> (EMAS). Lo sconto è ridotto al 20% per gli operatori economici in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO 14001 |
| servizi, forniture | 20% | possesso del marchio di qualità ecologica dell'UE (Ecolabel UE) in relazione a beni o servizi che costituiscono almeno la metà del valore dei beni e servizi oggetto del contratto stesso |
| lavori, servizi, forniture | 15% | sviluppo di un inventario di gas-serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o di un'impronta climatica (<i>carbonfootprint</i>) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067 |
| servizi, forniture | 30% | possesso del <i>rating</i> di legalità o attestazione del c.d. modello organizzativo 231 o di certificazione <i>social accountability</i> 8000, o di certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di certificazione OHSAS 18001, o di certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (<i>Energy Service Company</i>) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici |

C
U
M
S
C
O
L
A
B
I
L
I

Aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari (artt. 94-99)

La disciplina sulla **aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari** è prevista negli articoli da 94 a 99, che, in particolare, dettano i principi generali per la selezione delle offerte, i criteri di aggiudicazione e le ipotesi riguardanti le offerte anormalmente basse.

I principi generali per la selezione dei partecipanti (art. 94)

L'**articolo 94**, in merito all'**aggiudicazione degli appalti**, prevede, secondo quanto disposto dall'art. 56 della direttiva 24/2014, che gli appalti sono aggiudicati sulla base di determinati criteri stabiliti in conformità agli articoli da 95 a 97, verificando in via preliminare, in applicazione degli articoli da 80 a 83, la sussistenza di specifiche condizioni per la valutazione dell'offerta (comma 1).

In primo luogo, va verificata la **conformità dell'offerta** ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, nonché nei documenti di gara (comma 1, lettera a)).

In secondo luogo, va verificata la **provenienza dell'offerta** da un soggetto non escluso e che soddisfa i criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice e, se del caso, le norme e i criteri non discriminatori (comma 1, lettera b)).

La norma - recependo quanto previsto in via generale dagli articoli 18 e 57 della direttiva 24/2014 sulla violazione degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro - prevede inoltre che la stazione appaltante possa decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, se tale offerta non soddisfa i suddetti obblighi, previsti dall'articolo 30, comma 3.

Si osserva che andrebbe corretto il richiamo all'inesistente comma 13 dell'articolo 116 nella lettera a) dell'articolo in esame.

I criteri di aggiudicazione dell'appalto e i costi del ciclo di vita (artt. 95 e 96)

Gli **articoli 95 e 96** disciplinano, rispettivamente, il campo dei **criteri di aggiudicazione delle offerte** e i **costi del ciclo di vita**.

L'articolo 95, in linea con quanto contenuto negli articoli 67 e 68 della direttiva 24/2014 e in particolare nelle lettere ff) e gg) della legge delega, assegna per l'aggiudicazione degli appalti e l'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, netta preferenza nei confronti dell'**offerta economicamente più vantaggiosa** (OEPV).

In particolare, il comma 2 dell'articolo 95, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla

remunerazione di servizi specifici, prevede, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, l'aggiudicazione degli appalti e l'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa viene fatta sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il **costo del ciclo di vita**, conformemente all'articolo 96.

L'articolo 67, paragrafo 2 della direttiva 24/2014 individua l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione.

La **lettera ff)** della legge delega prevede:

- l'utilizzo, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita e includendo il "miglior rapporto qualità/prezzo" valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto pubblico o del contratto di concessione;
- la regolazione espressa dei criteri, delle caratteristiche tecniche e prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta.

In tal senso, l'**articolo 96** prevede al comma 1 che i **costi compresi nel ciclo di vita** di un prodotto riguardano:

- i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti (costi di acquisizione, utilizzo, manutenzione, fine vita, raccolta e riciclaggio);
- i costi imputati a esternalità ambientali (emissioni di gas a effetto serra, sostanze inquinanti, attenuazione dei cambiamenti climatici).

Il comma 2 dell'articolo 96 specifica che, nel caso di valutazione dei costi con utilizzo di un sistema di costi del ciclo di vita, le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara i dati che gli offerenti devono fornire e il metodo che la stazione appaltante impiegherà al fine di determinare i costi del ciclo di vita sulla base di tali dati. In caso di valutazione dei costi imputati alle esternalità ambientali il metodo deve soddisfare determinate condizioni.

Ritornando ai criteri per l'aggiudicazione dell'appalto dell'**articolo 95**, il comma 3 specifica in linea con quanto indicato dalla lettera gg) della legge di delega che vengono **aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

- i **contratti** relativi ai **servizi sociali** e di **ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica**, nonché i **servizi ad alta intensità di manodopera**;
- i **contratti** relativi all'affidamento dei **servizi di ingegneria e architettura**, di importo superiore a 40.000 euro.

La **lettera gg)** della legge delega prevede che l'aggiudicazione dei contratti pubblici relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché a quelli di servizi ad alta intensità di manodopera, definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, avvenga esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta.

Il criterio del **minor prezzo** è consentito ai sensi del comma 5 dell'articolo 95 nei seguenti casi:

- per i **lavori** di importo pari o inferiore a **1.000.000 di 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;
- per i **servizi** e le **forniture** con caratteristiche **standardizzate** o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- per i **servizi** e le **forniture** di importo **inferiore** alla **soglia** di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

L'articolo 67, paragrafo 2, della direttiva 24/2014 specifica in tale ambito che l'elemento relativo al **costo** può inoltre assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a **criteri qualitativi**. Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto.

L'**articolo 95**, comma 6, dispone inoltre che i documenti di gara devono contenere i **criteri** di aggiudicazione dell'**offerta economicamente più vantaggiosa** individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, e valutata sulla base di criteri oggettivi, come aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.

Nella normativa vigente è l'articolo 83 del Codice dei contratti pubblici che elenca i criteri di valutazione dell'offerta contenuti nel bando.

In sostanza, rispetto ai criteri vigenti indicati dall'articolo 83, il prezzo, 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 praticare agli utenti non sono più elencati, mentre vengono introdotte specificazioni in merito al criterio della qualità, con particolare riguardo alla

accessibilità per i disabili o al *rating* di legalità e l'OHSAS (*Occupational Health and Safety Assessment Series*) che identifica uno standard internazionale per un sistema di gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori e l'organizzazione, e alle qualifiche e all'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto.

Di seguito sono elencati i criteri stabiliti dall'articolo 95:

- la **qualità**, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, rating di legalità, 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 innovative, commercializzazione e relative condizioni;
- il possesso di un **marchio di qualità ecologica** dell'Unione europea (Ecolabel) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;
- il **costo** di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione;
- la **compensazione delle emissioni di gas** ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni;
- l'**organizzazione, le qualifiche e l'esperienza** del **personale** effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;
- il **servizio** successivo alla vendita e assistenza tecnica;
- le **condizioni di consegna** quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione.

Per quanto riguarda la **normativa nazionale vigente**, nel Codice dei contratti pubblici (artt. 81-83 del D.Lgs. 163/2006), la **selezione delle offerte** viene effettuata seguendo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Le amministrazioni aggiudicatrici possono, pertanto, scegliere liberamente tra tali due criteri di volta in volta, in relazione alle caratteristiche specifiche del singolo contratto (art. 81). Si tratta di una disposizione innovativa rispetto al previgente sistema delineato dalla

legge "Merloni" (legge n. 109/1994), che predeterminava i casi in cui era possibile l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa determinando di fatto il ricorso ordinario al criterio del prezzo più basso. La determinazione del criterio del prezzo più basso è stabilita nel bando di gara, a seconda che si tratti di contratti da stipulare a misura (determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari) o di contratti da stipulare a corpo (determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari) (art. 82). Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa prevede invece la valutazione di un insieme di elementi tecnici ed economici (prezzo, qualità, pregio tecnico; caratteristiche estetiche, ecc.) (art. 83).

Per quanto concerne i **criteri di aggiudicazione**, nei casi di adozione del **miglior rapporto qualità prezzo**, si applicano altresì le seguenti disposizioni in merito alla presentazione di **varianti nell'offerta**, come prevede l'articolo 95, comma 14, secondo quanto contenuto nell'articolo 45 della direttiva 24/2014, senza innovare in sostanza quanto previsto dall'art. 76 del Codice dei contratti pubblici:

- le amministrazioni aggiudicatrici possono autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti;
- le amministrazioni aggiudicatrici che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione;
- solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione;
- nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture o di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato o richiesto varianti non possono escludere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.

L'art. 45 della **direttiva 24/2014** consente alle amministrazioni aggiudicatrici di autorizzare o esigere la presentazione da parte degli offerenti di varianti; a tal fine, esse indicano nel bando di gara o, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indicazione di una gara, nell'invito a confermare interesse, se autorizzano o richiedono le varianti o meno. In mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate e sono collegate all'oggetto dell'appalto.

Nella disciplina nazionale, l'art. 76 del Codice dei contratti pubblici disciplina le varianti progettuali in sede di offerta, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per cui le stazioni appaltanti possono autorizzare gli offerenti a presentare varianti, come precisato nel bando di gara; in mancanza di tale indicazione, le varianti non sono autorizzate. Le stazioni appaltanti che autorizzano le varianti menzionano nel capitolato d'onere i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione, prendendo in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti minimi da esse prescritti. Da ultimo, nelle procedure di affidamento di contratti relativi a servizi o forniture, le stazioni appaltanti che abbiano autorizzato varianti non possono respingere una variante per il solo fatto che, se

accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.

In tema di **varianti in corso d'opera**, in coerenza con il contenuto della **lettera ee)** della delega di legge, che prevede tra l'altro l'applicazione di uno specifico regime sanzionatorio in capo alle stazioni appaltanti per la mancata o tardiva comunicazione all'ANAC delle variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, l'**articolo 95**, comma 15, dispone un duplice **obbligo di comunicazione**:

- il primo obbligo valido per gli appalti e le concessioni di importo inferiore alla soglia europea, prevede una comunicazione all'Osservatorio di cui all'articolo 213;
- il secondo obbligo valido per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla suddetta soglia, dispone che le varianti di importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti riferite alle infrastrutture strategiche, siano trasmesse all'**ANAC**, unitamente al progetto esecutivo, che, nel caso in cui accerti l'illegittimità della variante approvata, esercita i poteri di cui all'articolo 213.

L'inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti prevede sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13.

Rispetto alla normativa vigente, in merito agli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, l'obbligo di comunicazione non fa più riferimento a specifiche varianti e, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, non sono più previste le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza dell'ANAC.

L'**art. 37 del D.L. 90/2014** disciplina la trasmissione ad ANAC delle varianti in corso d'opera:

- per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di cui all'articolo 132, comma 1, lettere b), c) e d)⁵, del codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto sono trasmesse, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento, all'ANAC entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza;

⁵ **per cause impreviste** e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti pubblici (D.P.R. 207/2010), o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo e alterazione dell'impostazione progettuale, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale (lett. b) del comma 1 dell'art. 132 del Codice);
per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili in fase progettuale (lett. c) del comma 1 dell'art. 132 del Codice);
per impreviste difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore (lett. d) del comma 1 dell'art. 132 del Codice).

- per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di cui all'articolo 132 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono comunicate all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza dell'ANAC.

In caso di inadempimento si applicano le sanzioni previste dall'articolo 6, comma 11, del citato codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006.

Le offerte anormalmente basse (art. 97)

Relativamente alle disposizioni in materia di **offerte anormalmente basse**, l'**articolo 97** recepisce l'articolo 69 della direttiva 24/2014/UE ed attua la parte relativa contenuta nella **lettera ff)** della legge delega che prevede tra l'altro l'indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

Come già previsto dalla legislazione vigente, anche l'**articolo 97**, comma 1, prevede che le **offerte anormalmente basse** non vengano automaticamente escluse dalla stazione appaltante; tuttavia, agli operatori economici, viene richiesto di fornire **spiegazioni** sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte.

Tale richiesta viene effettuata sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta.

In particolare, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo dell'anomalia, la stazione appaltante procede con il metodo, innovativo rispetto alla normativa vigente, del **sorteggio** in sede di gara dei metodi finalizzati a determinare l'anomalia, in base a **due ipotesi: prezzo più basso e offerta economicamente vantaggiosa** (comma 1, lettere a) e b)), previste anche nella legislazione vigente.

Fatto salvo il criterio di calcolo per la valutazione dell'offerta nel caso di ipotesi di **offerta economicamente vantaggiosa**, di identico contenuto a quello previsto nella normativa vigente, **nuovi criteri di calcolo** per determinazione della congruità dell'offerta, in caso di scelta del prezzo più basso, vengono introdotti.

Pure innovativi rispetto alla legislazione vigente risultano essere gli ambiti previsti per le seguenti **giustificazioni** in merito alla congruità o meno dell'offerta:

- il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3, in materia ambientale, sociale e del lavoro;
- il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 105 sulla disciplina del subappalto;
- gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 9.

L'articolo 97, comma 4, come previsto dall'articolo 87, comma 5 del Codice vigente, prevede la possibilità di esclusione in caso di **aiuto di Stato**, se l'offerente non dimostra, entro un termine sufficiente (nella norma vigente è previsto entro 15 giorni) stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto in

questione era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE (la norma vigente prevede solo che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente).

Sarebbe opportuno come nel testo vigente definire un termine entro il quale l'offerente possa dimostrare in merito all'aiuto di Stato ricevuto in modo legittimo.

Da ultimo, l'articolo 97, comma 5, innovando il testo dell'articolo 87 del Codice dei contratti pubblici, prevede che la **Cabina di regia** di cui all'articolo 212, su richiesta, mette a disposizione degli altri Stati membri, a titolo di collaborazione amministrativa, tutte le informazioni a disposizione, quali leggi, regolamenti, contratti collettivi applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti in relazione ai dettagli in merito alla modalità sorteggiata per definire la congruità dell'offerta.

La **legislazione nazionale** in tale ambito è regolata in particolare dall'articolo 86 del Codice dei contratti che fissa i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse, a seconda che si faccia ricorso al criterio del prezzo più basso o al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dall'articolo 87 che elenca le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta.

Gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati e le relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti (artt. 98 e 99)

L'**articolo 98**, che recepisce l'articolo 50 della direttiva 24/2014, stabilisce le procedure per l'invio di un **avviso** all'Ufficio delle pubblicazioni UE da parte delle stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro, secondo le modalità di pubblicazione previste dall'art. 72, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro trenta giorni dall'aggiudicazione dell'appalto o dalla conclusione dell'accordo quadro (attualmente sono previsti quarantotto giorni dall'aggiudicazione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro ai sensi dell'art. 65 del Codice). Nel codice dei contratti pubblici sono gli articoli 63 e 65 a disciplinare i suddetti ambiti normativi relativi agli avvisi sui risultati della procedura di affidamento e agli avvisi di preinformazione.

L'**articolo 99**, in attuazione dell'art. 84 della direttiva 24/2014, dispone l'obbligo per la stazione appaltante, per ogni appalto o ogni accordo quadro di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, e ogniqualvolta sia istituito un sistema dinamico di acquisizione, di redigere una dettagliata **relazione** da comunicare alla Cabina di regia di cui all'articolo 212 per la successiva comunicazione alla Commissione europea. La suddetta relazione, i cui contenuti vengono dalla norma in esame specificatamente indicati, non è richiesta per gli appalti basati su accordi quadro conclusi con un solo operatore economico ed aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro o se l'accordo

quadro contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture.

Esecuzione degli appalti (artt. 100-104 e 111)

Condizioni, soggetti e controlli (artt. 100-102 e 111)

L'**articolo 100** prescrive, in merito alle condizioni di esecuzione degli appalti, che le stazioni appaltanti possono stabilire **condizioni particolari** connesse ad esigenze economiche legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione.

In particolare, il testo dell'articolo recepisce gli articoli 70 e 87 rispettivamente delle direttive 24/2014 e 25/2014 e richiama quanto contenuto nella lettera ddd) della legge delega, in tema di valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale e occupazionale, ricalcando parte di quanto prescritto dall'articolo 69 del Codice dei contratti pubblici.

Si ricorda che nell'articolo 70 della direttiva 2014/24/UE si stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione.

L'**articolo 101** disciplina in via generale i compiti dei **soggetti deputati** dalle stazioni appaltanti all'**esecuzione degli appalti** (responsabile unico del procedimento (RUP), direttore dei lavori o di esecuzione del contratto, direttore operativo e ispettore di cantiere), che sostanzialmente risultano analoghi ai compiti previsti agli articoli 148-150 del regolamento di esecuzione del Codice.

L'articolo 101, oltre a prevedere le funzioni e i compiti di massima relative alle suddette figure, ribadisce in particolare che l'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, è diretta dal **responsabile unico del procedimento** che nella fase di esecuzione si avvale del direttore dell'esecuzione del contratto o del direttore dei lavori, del coordinatore in materia di salute e di sicurezza durante l'esecuzione previsto dal decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81.

Ai sensi dell'articolo 10 del **Codice dei contratti pubblici**, le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento sono eseguite sotto la diretta responsabilità e vigilanza di un responsabile del procedimento, nominato dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dei propri dipendenti di ruolo fatta eccezione per le situazioni di inadeguatezza dell'organico. Le funzioni e i compiti del responsabile del procedimento sono disciplinati dal medesimo articolo 10 del Codice e dettagliati nel regolamento.

Il Codice in via generale stabilisce che l'**esecuzione dei contratti** aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, è diretta dal responsabile del procedimento o da altro soggetto, nei casi e con le modalità stabilite dagli articoli 9 e 10 del Regolamento di cui al D.P.R. n. 207 del 2010 (art. 119, comma 1).

Per quanto riguarda i lavori, caratterizzati da maggiore complessità, di regola il direttore dei lavori e il responsabile del procedimento sono soggetti distinti; il regolamento stabilisce le tipologie e gli importi massimi per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il direttore dei lavori (art. 119, comma 2).

Quanto ai servizi e alle forniture invece, c'è coincidenza tra le due figure fatta eccezione per quelli di particolare importanza, per qualità e importo delle prestazioni, la cui individuazione è demandata al regolamento, per i quali il direttore dell'esecuzione del contratto deve essere un soggetto diverso dal responsabile del procedimento (art. 119, comma 3).

Ai sensi del comma 2 dell'**articolo 101**, prima dell'avvio delle procedure per l'affidamento, le stazioni appaltanti individuano su proposta del responsabile unico del procedimento (RUP), un **direttore dei lavori** che può essere coadiuvato, in relazione alla complessità dell'intervento, da uno o più direttori operativi e ispettori di cantiere.

In particolare, ai sensi del comma 3 dell'articolo 101, il direttore dei lavori:

- a) verifica periodicamente il possesso e la regolarità da parte dell'esecutore e del subappaltatore della documentazione prevista dalle leggi vigenti in materia di obblighi nei confronti dei dipendenti;
- b) cura la costante verifica di validità del programma di manutenzione, dei manuali d'uso e dei manuali di manutenzione, modificandone e aggiornandone i contenuti a lavori ultimati;
- c) provvede alla segnalazione al responsabile del procedimento, dell'inosservanza, da parte dell'esecutore, della disposizione di cui all'articolo 105 del codice;
- d) svolge, qualora sia provvisto dei requisiti previsti dalla normativa stessa, le funzioni di coordinatore per l'esecuzione dei lavori previsti dalla vigente normativa sulla sicurezza. Nel caso in cui il direttore dei lavori non svolga tali funzioni le stazioni appaltanti prevedono la presenza di almeno un direttore operativo, in possesso dei requisiti previsti dalla normativa, a cui affidarle.

Ai sensi del comma 4 dell'articolo 101, gli assistenti con funzioni di **direttori operativi** collaborano con il direttore dei lavori nel verificare che lavorazioni di singole parti dei lavori da realizzare siano eseguite regolarmente e nell'osservanza delle clausole contrattuali.

Infine, come previsto dal comma 5, gli **assistenti** con funzioni di **ispettori di cantiere** collaborano con il direttore dei lavori nella sorveglianza dei lavori in conformità delle prescrizioni stabilite nel capitolato speciale di appalto. Essi rispondono della loro attività direttamente al direttore dei lavori. Agli ispettori possono essere affidati specifici compiti.

L'**articolo 102** disciplina le attività di **controllo sull'esecuzione dei contratti** e il **collaudo**, che riprende la disciplina relativa all'attività di collaudo regolata dagli articoli 120 e 141 del Codice dei contratti pubblici e nel regolamento di attuazione, in maniera dettagliata, negli articoli da 215 a 238, in cui in particolare

è prevista la procedura di nomina del collaudatore (art. 216), e, per quanto riguarda la procedura inerente al certificato di verifica di conformità, negli articoli da 312 a 325 del regolamento medesimo.

Tra le principali novità introdotte nell'**art. 102** rileva, al **comma 7**, il **divieto di nomina a collaudatore e a verificatore di conformità dei dipendenti pubblici** appartenenti a determinati ruoli della PA (magistrati ordinari, amministrativi e contabili, avvocati e procuratori dello Stato), **in quiescenza**, nell'ambito di appalti di lavori pubblici di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, ubicati nella regione/regioni ove è stata svolta l'attività di servizio.

Un'altra novità di rilievo è contenuta nel **comma 8** che, per gli appalti pubblici di **lavori aggiudicati con la formula del contraente generale**, prevede l'istituzione, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di un **albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore**. La loro **nomina** nelle procedure di appalto avviene **mediante pubblico sorteggio** da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti.

Le **modalità di iscrizione all'albo e di nomina** sono demandate ad apposito **decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti**, *di cui non viene indicato un termine per l'emanazione*.

Nelle more dell'emanazione di tale decreto possono svolgere il ruolo di direttore dei lavori e di collaudatore i soggetti in possesso dei requisiti di cui alla vigente normativa, ferma restando l'incompatibilità con la funzione di responsabile unico del procedimento.

Il **comma 9** prevede l'emanazione di un ulteriore **decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti** in cui sono disciplinate e definite le **modalità tecniche di svolgimento del collaudo**.

Anche in tal caso non viene indicato alcun termine per l'emanazione dell'atto.

Nelle more dell'emanazione di tale decreto, l'**art. 216, comma 2, sesto periodo**, prevede che continuino ad **applicarsi** le disposizioni del Titolo X (intitolato "Collaudo dei lavori") della Parte II del **D.P.R. 207/2010**.

Ulteriore novità rispetto alla normativa vigente è rappresentata dalla redazione prevista al **comma 10**, al termine del lavoro, di un **consuntivo scientifico**, predisposto dal direttore dei lavori, di un aggiornamento del piano di manutenzione e di una relazione tecnico-scientifica redatta dai professionisti afferenti alle rispettive competenze, con l'esplicitazione dei risultati culturali e scientifici raggiunti.

Tali novità appaiono in linea con quanto disposto nelle **lettere ll), mm) e nn)** della legge delega, rispettivamente, in materia di rafforzamento della funzione di controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, di divieto -

negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale - di attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori allo stesso contraente generale o soggetto collegato, di istituzione di un Albo nazionale dei soggetti che operano nella fase di direzione dei lavori e di revisione della disciplina di affidamento degli incarichi di collaudo a dipendenti appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione e in trattamento di quiescenza.

Controllo tecnico, contabile e amministrativo (art. 111)

L'**articolo 111** disciplina il controllo tecnico, contabile e amministrativo, prevedendo due distinte discipline per:

LAVORI

Il **comma 1** dell'art. 111, in linea con quanto già previsto dall'art. 148 del regolamento di esecuzione del Codice, disciplina i compiti del **direttore dei lavori**, in materia di **controllo tecnico, contabile e amministrativo** dell'esecuzione dell'intervento, affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto e al contratto.

In tale ambito è prevista (dal **comma 2**) l'approvazione di **linee guida** per individuare le **modalità di svolgimento dei controlli** suddetti, in maniera da garantirne trasparenza, semplificazione, efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche anche per i controlli di contabilità. L'approvazione avviene con **decreto del Ministro delle infrastrutture** e trasporti, da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del codice, su proposta dell' ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari, sentito il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

L'**art. 216, comma 2, settimo periodo**, prevede che **nelle more dell'emanazione** di tale decreto, continuino ad **applicarsi** le disposizioni di cui al capo I (intitolato "Scopo e forma della contabilità ") e al capo II (intitolato "Contabilità dei lavori in economia") del Titolo IX (intitolato "Contabilità dei lavori") della parte II del **D.P.R. 207/2010**.

SERVIZI E FORNITURE

Il **comma 3, primo periodo**, dell'art. 111 prevede, come già stabilito dall'art. 272 del regolamento di esecuzione, che il **direttore dell'esecuzione del contratto di servizi o di forniture** è il responsabile unico del procedimento e provvede al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto, assicurando la regolare esecuzione da parte dell'esecutore.

Il **secondo periodo** dello stesso comma prevede l'emanazione di un **decreto del Ministro delle infrastrutture** e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo

parere delle competenti commissioni parlamentari, per approvare **linee guida** che individuano compiutamente le modalità di effettuazione dell'attività di controllo (di cui al periodo precedente), secondo criteri di trasparenza e semplificazione. **Nelle more dell'emanazione** del predetto decreto, le stazioni appaltanti individuano, secondo quanto previsto nei rispettivi ordinamenti, le modalità di effettuazione di tali controlli, con particolare riferimento agli atti necessari.

Si osserva che non viene indicato un termine per l'emanazione del decreto.

Garanzie finanziarie per l'esecuzione di lavori (artt. 103 e 104)

Gli **articoli 103 e 104** intervengono in materia di **garanzie fideiussorie** nell'esecuzione dei contratti pubblici, al fine di rivedere i sistemi di garanzia finanziaria previsti dall'art. 113 (cd. garanzia definitiva) e dall'art. 129 (polizza assicurativa, polizza indennitaria decennale e garanzia globale di esecuzione per lavori superiori ai 100 milioni) del Codice dei contratti pubblici.

Rileva, in proposito, la lettera qq) della legge di delega, in relazione al riassetto, alla revisione e alla semplificazione dei sistemi di garanzia per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'articolo 103, che disciplina la **garanzia per l'esecuzione del contratto** (cd. **garanzia definitiva**), riprendendo in particolare quanto previsto dagli articoli 113 e 129 del Codice dei contratti pubblici e dagli articoli da 123 a 128 del regolamento, prevede:

- la costituzione di una **garanzia fideiussoria, pari al 10 per cento** dell'importo contrattuale, che è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80% dell'iniziale importo garantito. Tale **svincolo automatico** si applica **anche agli appalti di forniture e servizi** (commi 1 e 5);
- la costituzione anche di una **polizza di assicurazione** che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori e di responsabilità civile per danni causati a terzi (comma 7);
- per i lavori di importo superiore al doppio della soglia di cui all'articolo 35, (inferiore all'importo stabilito dal D.M. 1° dicembre 2000, pari a 12.484.056 euro) la stipula di una **polizza indennitaria decennale** a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi e una **polizza di assicurazione di responsabilità civile** per danni cagionati a terzi, per la durata di dieci anni (comma 8).

In particolare, l'articolo 103, comma 1, ribadendo quanto già previsto dalla normativa citata, in tema di costituzione da parte dell'esecutore del contratto di una garanzia fideiussoria, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale, prevede

in caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10 per cento, l'aumento della garanzia fideiussoria di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento.

Andrebbe corretta la parte della norma in cui si prevede che "ove il ribasso sia superiore al 10 per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento", considerato che presumibilmente si fa riferimento a un ribasso superiore al 20%.

Il comma 1 dell'art. 113 attualmente indica un ribasso d'asta superiore del 20 per cento a cui applicare l'aumento di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento.

Una novità introdotta in tale ambito normativo riguarda l'applicazione degli **automatismi dello svincolo della garanzia** fideiussoria, presenti nell'articolo 103, comma 5, e pressoché identici al combinato disposto degli articoli 113 del Codice e 123 del regolamento, che vengono estesi anche a favore degli **appalti di forniture e servizi**.

Da ultimo, in merito ai **requisiti dei fideiussori**, il comma 9 dell'articolo 103 ribadisce quanto stabilito dall'art. 127 in merito all'emanazione di un regolamento per la conformità delle fideiussioni allo schema tipo approvato con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. L'articolo 103, comma 9, prevede che tale schema venga previamente concordato con le banche e le assicurazioni o loro rappresentanze.

L'articolo 104 detta la disciplina delle **garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore** volta a sostituire il sistema di garanzia globale di esecuzione (cd. *performance bond*).

Si ricorda che l'art. 129 del regolamento ha istituito e definito il sistema di garanzia globale di esecuzione, ai sensi dell'articolo 129, comma 3, del Codice.

La garanzia globale di esecuzione consiste nella garanzia fideiussoria di buon adempimento di cui all'articolo 113 del Codice e nella garanzia di subentro di cui all'articolo 131, comma 1, lettera b), del regolamento medesimo. La garanzia globale è obbligatoria per gli appalti di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori di ammontare a base d'asta superiore a 75 milioni di euro, per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e, ove prevista dal bando o dall'avviso di gara, per gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro.

Nel merito, l'articolo 104, che detta la nuova disciplina sul sistema di garanzia globale di esecuzione per affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e, ove prevista dal bando o dall'avviso di gara, per gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro, prevede (comma 1):

- una cauzione accessoria denominata **cauzione definitiva**, presentata dal soggetto aggiudicatario, in luogo della garanzia definitiva prevista al citato art. 103, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a sua scelta, per

l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e il risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse;

- una garanzia di conclusione dell'opera denominata **cauzione "extra costi"**, nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal codice.

La **cauzione definitiva** è pari al cinque per cento dell'importo contrattuale risultante dall'aggiudicazione e permane fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato (comma 4).

La **garanzia "extra-costi"**, di natura accessoria, opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal codice ed è di importo pari al 10% dell'importo contrattuale fermo restando che, qualora l'importo in valore assoluto fosse superiore a 100 milioni, la garanzia si intende comunque limitata a 100 milioni (comma 7).

In particolare, tale garanzia copre, nei limiti dei danni effettivamente subiti, i costi per le procedure di riaffidamento da parte della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore e l'eventuale maggior costo tra l'importo contrattuale risultante dall'aggiudicazione originaria dei lavori e l'importo contrattuale del riaffidamento dei lavori stessi a cui sono sommati gli importi dei pagamenti già effettuati o da effettuare in base agli stati d'avanzamento dei lavori (comma 8).

La garanzia in argomento è efficace a partire dal perfezionamento del contratto e fino alla data di emissione del certificato di ultimazione dei lavori, allorché cessa automaticamente (comma 9).

Gli schemi di polizza-tipo concernenti le garanzie fideiussorie di cui sopra, preventivamente concordati con le banche e le imprese assicurative o loro rappresentanze che devono assumersi questi rischi, sono approvati con **decreto del Ministro dello sviluppo economico**, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (comma 12).

Nella normativa vigente, con il comma 3 dell'articolo 129, infine, si demanda al regolamento di cui al D.P.R. 207/2010 la disciplina della **garanzia globale di esecuzione** (performance bond).

L'istituzione e la definizione del sistema di garanzia globale di esecuzione (nonché le modalità di presentazione, l'oggetto, la durata, l'attivazione, i rapporti tra le parti) sono contenute negli articoli 129-136 del regolamento. La garanzia globale è obbligatoria per gli appalti di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori di ammontare a base d'asta superiore a 75 milioni di euro, per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e, ove prevista dal bando o dall'avviso di gara, per gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro (art. 129, comma 3 del reg.). L'art. 357 comma 5 del Regolamento prevedeva l'applicazione di tale istituto ai bandi o avvisi di gara pubblicati a partire dall'8 giugno 2012; tuttavia, il termine è stato dapprima prorogato di un anno dal D.L. 73/2012 e infine dall'art. 21 del D.L. 69/2013 al 30 giugno 2014.

Subappalto (art. 105)

L'**articolo 105** reca la disciplina del subappalto alla quale la delega dedica il criterio di cui alla lettera rrr) del comma 1 dell'articolo 1 della legge 11/2016.

Relativamente all'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare previsto nella delega, il comma 4 dell'articolo 105 prevede, tra le condizioni alle quali i **soggetti affidatari** possono subappaltare, che, da un lato, tale facoltà sia prevista nel bando di gara e che, dall'altro, all'atto dell'offerta i soggetti medesimi abbiano **indicato in sede di offerta i lavori o le parti** di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture **che intendono subappaltare** o concedere in cottimo.

Il paragrafo 2 dell'articolo 71 della direttiva 24 dispone che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi.

L'articolo 118, comma 2, del d.lgs. 163/2006 già prevede, tra le condizioni alle quali è sottoposto il subappalto, che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo.

La delega prevede l'espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una **terna** di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto. Il comma 6 dell'articolo 105 dispone che è **obbligatoria** l'indicazione della terna di subappaltatori, nel caso dei **contratti sopra soglia e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione**. Si prevede, inoltre, che nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere **ulteriori casi in cui è obbligatoria** l'indicazione della terna anche nei **contratti sotto soglia**.

Il paragrafo 2 dell'articolo 71 della direttiva 24 prevede che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare nella sua offerta i subappaltatori proposti.

Quanto all'obbligo – previsto nella delega - di dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione e di sostituire quelli per i quali sussistano detti motivi, la lettera c) del comma 4 dell'articolo 105 prevede, tra le **condizioni** alle quali i soggetti affidatari possono subappaltare, che il **concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione** di cui all'articolo 80. Il comma 12 dell'articolo in esame, inoltre, prevede la **sostituzione** dei subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la **sussistenza dei motivi di esclusione**.

La lettera b) del paragrafo 6 dell'art. 71 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici possono verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori e che "in tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la

verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione”.

In coerenza con il criterio di delega, il comma 13 dell'articolo 105 prevede che la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

- **quando** il subappaltatore o il cottimista è una **microimpresa o piccola impresa**;
- **in caso inadempimento da parte dell'appaltatore o anche su richiesta** del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Il comma 21 fa salva, sulla scorta di quanto prevede la delega, la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa e dei principi europei, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori.

Il comma 3 dell'articolo 118 del d.lgs. 163/2006 dispone che nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento. Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori ..., nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite.

L'art. 13, comma 2, dello Statuto delle imprese (L. 180/2011), al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese (MPMI), impone alla pubblica amministrazione e alle autorità competenti, purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari, di provvedere a suddividere, nel rispetto del Codice dei contratti pubblici, gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti da effettuare tramite bonifico bancario, riportando sullo stesso le motivazioni del pagamento da parte della stazione appaltante nei vari stati di avanzamento.

La nuova disciplina apporta inoltre ulteriori innovazioni alla disciplina vigente tra cui si segnala:

- la **non configurazione come attività affidate in subappalto** dell'affidamento di servizi di **importo inferiore a 20.000 euro** annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani, nonché nei comuni delle isole minori (comma 3, lettera c);
- il **limite del 30% del subappalto** per le opere per le quali sono necessari **lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica** (comma 5).

Il comma 2 dell'articolo 118 del d.lgs. 163/2006 prevede, per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, che con il regolamento è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento. Per i servizi e le forniture, tale quota è riferita all'importo complessivo del contratto.

Dal punto di vista della formulazione del testo, si osserva che il riferimento corretto per le predette opere specialistiche è il comma 11 dell'articolo 89 e non il comma 10.

Il comma 8 prevede, inoltre, che il **contraente principale** resta **responsabile in via esclusiva** nei confronti della stazione appaltante.

Il paragrafo 3 dell'articolo 71 della direttiva n. 24 precisa che i paragrafi da 1 a 3 del medesimo articolo lasciano impregiudicata la questione della responsabilità del contraente principale.

Il **comma 8** dispone, altresì, che l'**aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore** in relazione agli **obblighi retributivi e contributivi**, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo n.276/2003.

L'articolo 29 del decreto legislativo n. 276/2003 dispone che, salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è **obbligato in solido con l'appaltatore**, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i **trattamenti retributivi**, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i **contributi previdenziali e i premi assicurativi** dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente imprenditore o datore di lavoro, convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori, può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad **assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta** e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.

Il **comma 9**, sulla scorta di quanto già prevede il comma 9 vigente, prevede che l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il **trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi** (nazionale e territoriale) in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni ed è responsabile, in solido con i subappaltatori, della loro osservanza nell'ambito del subappalto.

Si osserva che il rinvio al comma 16 andrebbe riferito al comma 17.

I **commi 10 e 11**, che presentano un contenuto innovativo rispetto alla normativa vigente, disciplinano il caso di **ritardo nel pagamento del personale del subappaltatore** (nonché di inadempienza contributiva risultante dal DURC) nei contratti relativi a lavori, servizi e forniture, prevedendo l'applicazione dell'articolo 30, commi 5 e 6 e, in caso di contestazioni, la rimessione delle questioni alla Direzione provinciale del lavoro.

Il **comma 14**, come prevede il corrispondente comma 4 vigente, dispone che il subappaltatore deve praticare gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al 20% **nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto**. Il richiamo al rispetto di tali standard è innovativo rispetto alla norma vigente.

I commi da 15 a 20, recanti misure per contrastare il lavoro sommerso e irregolare e in materia di sicurezza, presentano un contenuto sostanzialmente identico ai commi da 5 a 10 dell'articolo 118 del d.lgs. 163/2006.

Relativamente al **divieto del c.d. "subappalto a cascata"** previsto al comma 19 (che riproduce il contenuto del comma 9 dell'articolo 118) in base al quale l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto, si segnala che lo schema non riproduce le eccezioni a tale divieto – previste al comma 11 dell'articolo 118 - relativamente alla fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento.

Modifiche, sospensioni, recesso, affidamento e risoluzioni del contratto (artt.106-113)

Gli **articoli da 106 a 110** presentano un nutrito gruppo di disposizioni riguardanti la modifica di contratti durante il periodo di validità (art. 106), la sospensione e la risoluzione di un contratto pubblico (artt. 107 e 108), il recesso (art. 109), e le procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto (art. 110).

Modifica di contratti durante il periodo di validità (art. 106)

L'**articolo 106** prevede i casi di **modifica dei contratti di appalto** e degli **accordi quadro** senza l'espletamento di una nuova procedura d'appalto.

La norma è volta al recepimento dell'articolo 72 della direttiva 24/2014 e attua quanto previsto dalla **lettera ee)** della legge delega.

L'art. 72 citato elenca le ipotesi di modifica dei contratti e degli accordi quadro senza una nuova procedura d'appalto, e introduce, in particolare, il concetto di modifica sostanziale e i casi relativi, per cui non è consentito di modificare un contratto senza espletamento di una nuova procedura di gara.

La citata **lettera ee)** prevede tra l'altro l'introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera, distinguendo in modo dettagliato tra variazioni sostanziali e non sostanziali, la previsione che ogni variazione in corso d'opera debba essere adeguatamente motivata e giustificata unicamente da condizioni impreviste e imprevedibili e, comunque, sia debitamente autorizzata dal responsabile unico del procedimento, e la previsione, altresì, di uno specifico regime sanzionatorio in capo alle stazioni appaltanti per la mancata o tardiva comunicazione all'ANAC delle variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Il **quadro normativo vigente** è costituito dall'art. 114 del Codice che ammette le varianti in corso di esecuzione del contratto nei casi stabiliti dal codice medesimo. Con il regolamento di esecuzione sono determinati gli eventuali casi in cui, nei contratti relativi a servizi e forniture, ovvero nei contratti misti che comprendono anche servizi o forniture, sono consentite varianti in corso di esecuzione, nel rispetto dell'art. 132, in quanto compatibile. L'art. 311 del regolamento contempla, per il ricorso alle varianti, le stesse ipotesi previste dall'art. 132 del Codice per gli appalti di lavori, ad eccezione della sorpresa geologica e dell'errore progettuale; ciò nel rispetto dell'art. 114, comma 2 del Codice, che ha stabilito come la disciplina del Regolamento in tema di varianti negli appalti di servizi e forniture dovesse rispettare il predetto art. 132, nei limiti della compatibilità.

Le varianti negli appalti di servizi e forniture, pertanto, possono essere introdotte solo nei seguenti casi: per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; per cause impreviste e imprevedibili accertate dal responsabile del procedimento o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento in cui ha avuto inizio la procedura di selezione del contraente, che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità delle prestazioni eseguite; per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità

dei beni o dei luoghi sui quali si interviene, verificatisi nel corso di esecuzione del contratto. Dette varianti seguono un diverso regime a seconda che siano contenute o meno nel limite di un quinto dell'importo contrattuale. Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse della stazione appaltante, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento o alla migliore funzionalità delle prestazioni oggetto del contratto (purché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto e siano contenute entro il 5% dell'importo contrattuale) (art. 311, comma 3 reg.). È in questo quadro che si colloca, tra l'altro, il divieto delle proroghe e dei rinnovi taciti o espressi per gli appalti di servizi e forniture, poiché in tali casi l'uso di detti strumenti modifica la prestazione e il suo valore economico, fatta salva la disciplina di cui all'art. 57, comma 5 lett. a) e lett. b), del Codice, per i servizi analoghi e complementari.

I **commi da 1 a 7**, finalizzati a recepire le disposizioni dell'art. 72 della direttiva n. 24, introducono disposizioni innovative rispetto al D.Lgs. 163/2006.

In linea con il disposto dell'art. 72 della direttiva n. 24, il **comma 1** dell'articolo 106, specifica in modo dettagliato i **5 casi** in cui è ammessa la **possibilità di modificare i contratti di appalto e gli accordi quadro**. Si fa notare che il primo periodo del comma 1, diversamente dal paragrafo 1 dell'art. 72 della direttiva (che specifica chiaramente che l'ambito di applicazione delle norme dettate dal medesimo articolo riguarda i contratti e gli accordi quadro) fa riferimento solo ai contratti e non menziona i contratti quadro.

I cinque casi contemplati dal comma 1 in esame sono i seguenti:

- a) modifiche contrattuali**, a prescindere dal loro valore monetario, **previste nei documenti di gara iniziali**;
- b) modifiche** rese necessarie, non incluse nell'appalto iniziale, **in relazione a lavori, servizi o forniture supplementari, qualora risulti impraticabile, antieconomico o foriero di disguidi un cambiamento del contraente**;
- c) modifiche** necessarie a motivo di circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore, che quindi assumono la denominazione di **varianti in corso d'opera**;
- d) sostituzione dell'aggiudicatario** dell'appalto iniziale **con un nuovo contraente**, qualora ricorrano determinate circostanze (per es. per causa di morte o per contratto);
- e) modifiche non sostanziali** ai sensi del comma 4. A tale riguardo, la lettera e) del comma 1, che non sembra trovare corrispondenza nel testo della direttiva, dispone altresì che le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche.

Il **comma 2**, in linea con il testo dell'art. 72 della direttiva n. 24, specifica altresì, che ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni, i contratti possono parimenti essere modificati, senza necessità di una nuova procedura a

norma del presente codice, anche nelle **ipotesi di errori o di omissioni del progetto esecutivo** che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, **se il valore della modifica è:**

- **inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria** (di cui all'articolo 35);
- **inferiore al 10% del valore iniziale del contratto** per i contratti di **servizi e forniture** sia nei settori ordinari che speciali **ovvero del 15%** del valore iniziale del contratto per i contratti di **lavori** sia nei settori ordinari che speciali.

I **commi 3 e 4**, che riproducono in modo fedele le corrispondenti norme dell'art. 72 della direttiva, dettano disposizioni necessarie all'applicazione dei commi precedenti.

Il **comma 3** disciplina infatti le **modalità per l'aggiornamento del prezzo**, mentre il **comma 4** chiarisce in quali casi la modifica del contratto o (*tale congiunzione non compare nel testo della norma*) di un accordo quadro, durante il periodo di validità, si configuri come una **modifica sostanziale**. In ogni caso, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
- la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti.

Il **comma 5**, in linea con il testo della direttiva, prevede l'**obbligo**, in capo ad amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto **nei casi indicati alle lettere b) e c) del comma 1**, di provvedere alla **pubblicazione di un avviso** (di cui vengono disciplinati i contenuti, rinviando all'allegato XIV, parte I, lettera E) al riguardo **nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea**.

Il **comma 6** chiarisce che al di fuori dei casi disciplinati dai commi 1 e 2, quindi in pratica **in caso di modifiche sostanziali** di un contratto pubblico o (*tale congiunzione non compare nel testo della norma*) di un accordo quadro durante il periodo di validità, **è necessaria una nuova procedura d'appalto**.

Le disposizioni di cui ai **commi da 8 a 14** derivano in parte da una riproposizione di disposizioni del Codice vigente (in particolare desunte dall'art. 132 del D.Lgs. 163/2006) e, in parte, dall'attuazione della delega.

Tale ultimo caso si verifica relativamente alle norme del comma 8 che, in ossequio al succitato **criterio di delega cui alla lettera ee)**, introduce l'**obbligo in capo alla stazione appaltante di comunicare all'ANAC** determinate **modifiche non sostanziali** (per la precisione quelle di cui alla lettera b) del comma 1 e quelle dovute a errori o omissioni) **entro 30 giorni** dal loro perfezionamento, al fine di consentirne la **pubblicazione sul sito web dell'ANAC**.

In caso di **mancata o tardiva comunicazione** l'ANAC irroga una **sanzione amministrativa al RUP** di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.

Gli **articoli 107, 108 e 109** disciplinano, rispettivamente, i casi relativi alla **sospensione dei lavori** disposti dal direttore dell'esecuzione o dal responsabile del procedimento, i casi per la **risoluzione del contratto** e quelli per il **recesso** dal contratto ad opera della stazione appaltante.

Le tre disposizioni riproducono in sostanza quanto già previsto in tali ambiti, rispettivamente, dagli specifici articoli del regolamento di esecuzione (artt. 158-160 e 308), dagli articoli 135, 136, 138 e 139 del Codice e dall'articolo 134 sempre del Codice.

L'**articolo 108** introduce altresì alcune specifiche **nuove condizioni** tra le cause determinanti la **risoluzione del contratto**.

In particolare, l'articolo 108, comma 1, fatti salvi determinati casi relativi alla sospensione del contratto ai sensi dell'articolo 107, prevede, tra l'altro, che le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità:

- se il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106 (lettera a);
- se sono state superate le soglie previste nell'ambito dei casi previsti dal comma 7 dell'articolo 106 (lettera b);
Per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale.
- se l'appalto non doveva essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258

TFUE, o di una sentenza passata in giudicato per violazione delle norme contenute nel presente codice (lettera e).

L'**articolo 110** innova quanto previsto dall'articolo 140 del Codice in materia di affidamento in caso di **fallimento dell'esecutore** o **risoluzione del contratto**, in attuazione della **lettera vv)** della legge di delega.

Si dispone, in particolare, che il **curatore del fallimento**, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale o con cessione di beni, su autorizzazione dell' ANAC sentito il giudice delegato, possa (comma 3):

- partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;
- oppure eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita.

L'**articolo 110**, comma 5, prevede la possibilità per l'**ANAC**, sentito il giudice delegato, di subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti, alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione, nei seguenti casi:

- a) se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali;
- b) se l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite **linee guida**.

Una differenza contenuta nel comma 1 dell'**articolo 110**, rispetto a quanto già previsto all'art. 140 del Codice, riguarda in tale ambito la possibilità di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, senza tuttavia partire, come invece prevede l'art. 140, dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente escluso l'originario aggiudicatario.

Da ultimo, si prevede che restano ferme le disposizioni previste, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.

In particolare, l'articolo 32 del decreto legge n. 90 del 2014 ha introdotto nell'ordinamento alcune misure finalizzate ad intervenire sui poteri di amministrazione e gestione dell'impresa aggiudicataria o concessionaria di un appalto coinvolta in procedimenti penali per gravi reati o nei cui confronti emergano situazioni di anomalia

sintomatiche di condotte illecite o criminali. Tra le misure vi è la nomina di amministratori e di esperti da parte del prefetto in sostituzione dei titolari degli organi sociali dotati di omologhi poteri, per provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto o concessione.

Gli amministratori e gli esperti sono scelti dal prefetto, sia nell'ambito del settore privato, sia in quello pubblico, tenendo in considerazione i requisiti di professionalità e onorabilità degli amministratori dettati da un regolamento del Ministero dello Sviluppo economico (D.M. del 10 aprile 2013, n. 60), adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, recante la disciplina prevista nel caso di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, cui l'articolo 32 rinvia. L'amministratore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni è un pubblico ufficiale, come lo è il commissario straordinario che opera sotto la vigilanza del Ministero dello sviluppo economico.

Appalti e concessioni riservate (art. 112)

L'**articolo 112** prevede norme riguardanti gli **appalti e le concessioni riservati all'integrazione sociale** di determinate categorie di cittadini svantaggiati.

La norma, in recepimento dell'articolo 20 della direttiva 24/2014 e in coerenza con il criterio di cui alla **lettera c) della legge delega**, prevede, quando almeno il 30% dei lavoratori degli operatori interessati sia composto da persone con disabilità o svantaggiate, la possibilità per le stazioni appaltanti (comma 1):

- di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto o di concessione;
- di riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e ai loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate;
- di riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti.

L'articolo 112, comma 3, specifica in particolare che la menzione della presente disposizione deve essere fatta nel bando di gara o nell'avviso di preinformazione, e, ai sensi del comma 1, che, ai fini della sua applicazione, sono fatte salve le norme vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali.

Il comma 2 dell'articolo 112 definisce inoltre i soggetti considerati disabili in base a specifiche norme, richiamando nel testo, esplicitamente, le categorie previste ai quali si applica la medesima disposizione.

L'articolo 20 della direttiva 24/2014 prevede che gli Stati membri possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto a laboratori protetti e ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 % dei lavoratori dei suddetti laboratori, operatori economici o programmi sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati. L'avviso di indizione di gara fa riferimento al medesimo articolo 20.

Incentivi per funzioni tecniche (art. 113)

L'**articolo 113** rivede la disciplina contenuta nel vigente articolo 93 del Codice dei contratti pubblici, in materia di **incentivi alla progettazione**, modificata recentemente ad opera degli articoli 13 e 13 bis del D.L. n. 90 del 2014.

Si ricorda che in tale ambito la **lettera rr)** della legge delega prevede una revisione della disciplina degli incentivi per la progettazione interna delle pubbliche amministrazioni al fine di destinare una somma non superiore al 2 per cento dell'importo posto a base di gara alle attività tecniche svolte dai dipendenti pubblici relativamente alle fasi della programmazione degli investimenti, della predisposizione dei bandi, del controllo delle relative procedure, dell'esecuzione dei contratti pubblici, della direzione dei lavori e dei collaudi. In sostanza le risorse, che attualmente confluiscono nel Fondo per la progettazione e l'innovazione, dovrebbero essere destinate esclusivamente alle attività precedentemente indicate e, pertanto, la nuova disciplina non prevederebbe alcuna forma di incentivo per la progettazione come peraltro sembra confermare il ricorso al termine "esclusione" contenuto nella nuova formulazione della medesima lettera rr).

La disciplina introdotta dall'articolo 113 si differenzia rispetto alla normativa vigente, tra l'altro, per i seguenti aspetti:

- entrano negli **oneri** a carico degli **stanziamenti previsti** per la realizzazione dei singoli lavori negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti, anche:
 - 1) i **collaudi tecnici** e **amministrativi** (che nella vigente norma sono definiti in senso generale come "collaudi");
 - 2) le **verifiche di conformità**;
 - 3) il **collaudo statico**;
 - 4) il **coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione**, se previsto ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81 (comma 1);
- tra le **spese tecniche** da prevedere nel **quadro economico di ciascun intervento**, vengono introdotti, i costi per l'assicurazione del responsabile del procedimento in sede di verifica (l'articolo 92, comma *7-bis*, del Codice vigente, senza ulteriore specificazione, comprende in modo generico le spese tecniche per l'assicurazione dei dipendenti) e la validazione delle opere e lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 (comma 6);
- le risorse del **fondo**, pari al 2 per cento degli importi posti a base di gara a valere sugli stanziamenti di cui sopra, destinate in base alla normativa vigente alla progettazione e all'innovazione, sono destinate come prescritto dal criterio indicato alla lettera rr) della legge delega (vedi *supra*), specificatamente, a favore di **funzioni tecniche** svolte dai dipendenti pubblici **esclusivamente** per le attività di:
 - 1) programmazione della spesa per investimenti;
 - 2) predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici;
 - 3) responsabile unico del procedimento;
 - 4) direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione;

- 5) collaudo tecnico amministrativo;
- 6) verifica di conformità;
- 7) collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti.
- il **fondo** è alimentato inoltre dagli incentivi corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del previsto accertamento. Nel testo vigente tali risorse vanno in economia (comma 3);
- l'**80 per cento** delle risorse finanziarie del fondo è ripartito, oltre che per ciascuna opera o lavoro, anche per ciascun **servizio** e **fornitura** (comma 3);
- le finalità per l'**utilizzo del 20% del Fondo** vengono integrate, in modo più dettagliato destinandole, ai sensi del comma 4:
 - 1) all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione anche per il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture;
 - 2) per quota parte delle risorse, per tirocini formativi, orientamento e dottorati di ricerca;
- le predette disposizioni non si applicano al **personale con qualifica dirigenziale** con l'esclusione del collaudo ovvero della verifica di conformità (comma 3).

Appalti nei settori speciali (artt. 114-139)

Premessa

Le disposizioni di questo capo recepiscono i contenuti della direttiva 2014/25/UE, concernente le procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. La direttiva consta di 110 articoli e 21 allegati e disciplina puntualmente tutte le fasi relative agli appalti nei settori speciali. Il legislatore, nel recepire la direttiva, ha ritenuto di ricorrere, per le disposizioni comuni anche alla disciplina generale, al rinvio, eventualmente con i necessari adattamenti, alle disposizioni generali disciplinando in questo capo esclusivamente le disposizioni connotate da specialità. Le disposizioni della direttiva saranno oggetto di analisi in relazione all'articolo al quale si riferiscono.

L'articolo 1, comma 1, lettera *h* della legge delega n. 11 del 2016 stabilisce, in relazione ai settori speciali, un unico principio che richiede in materia di **affidamento dei contratti** la puntuale indicazione delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati.

La disciplina vigente relativa ai settori speciali era stabilita dagli articoli 206-216 del decreto legislativo n. 163 del 2006. Gran parte delle disposizioni concernenti i settori cui si applicano le disposizioni del nuovo schema sono corrispondenti in termini pressoché testuali alla disciplina in esame. L'articolo 206, che disciplinava attraverso una serie di rinvii e adattamenti le norme applicabili ai settori in questione, è stato, conformemente a quanto indicato nella delega, sostituito da una pluralità di disposizioni che disciplinano più dettagliatamente la fase di affidamento del contratto e della selezione dei partecipanti.

Norme applicabili e ambito applicativo (artt. 114- 121)

I **settori speciali** sono individuati dagli articoli 115 - 121. Per ciascuno di tali settori indicati vengono precisati i limiti entro i quali la disciplina del codice è applicabile. Tali disposizioni riproducono sostanzialmente gli articoli da 8 a 14 della direttiva. L'articolo 114 definisce le norme applicabili ai contratti nei settori speciali.

L'**articolo 114** precisa che ai contratti nei settori speciali si applicano, in quanto compatibili, le norme di cui agli articoli 1-58, ossia i principi generali (artt. 1-3), le esclusioni dall'ambito di applicazione del decreto legislativo in commento (artt. 4 -20), le disposizioni in tema di pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 21-27), i principi comuni in tema di modalità di affidamento degli appalti (artt. 28-34), le norme sulla qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37 - 43), le disposizioni comuni in tema di affidamento (artt. 44-53) e le disposizioni in tema di appalti elettronici aggregati (artt. 54-58). Si applicano

altresì le norme in tema di esecuzione del contratto (artt. 100-113). E' invece **esclusa** l'applicazione delle disposizioni in materia di concessioni (comma 8).

Il comma 8, per un mero errore materiale, non indica il titolo contenente le norme in tema di esecuzione del contratto.

Conformemente a quanto previsto dalla direttiva 2014/25/UE l'**ambito soggettivo** di applicazione comprende: gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche che operano nei settori speciali e tutti i soggetti diversi dai precedenti che svolgono una o più delle attività rientranti nei settori speciali **operando sulla base di diritti speciali o esclusivi** ossia i diritti concessi dallo Stato o dagli enti locali mediante disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio delle attività di cui si tratta, salvo il caso che tale riserva non sia stata attribuita sulla base di una procedura ad evidenza pubblica fondata su criteri oggettivi (articolo 4, commi 1 e 3 della direttiva).

La disposizione prevede inoltre le comunicazioni da rendere alla Commissione europea in materia di *joint venture* e il rinvio alla disciplina prevista dall'articolo 159, per i servizi di ricerca e sviluppo (comma 6).

L'articolo 32 della direttiva, che stabilisce le disposizioni in tema di servizi di ricerca e sviluppo, corrisponde al testo dell'articolo 158 (e non 159) del codice.

L'**articolo 115** definisce l'ambito applicativo con riferimento al settore del gas e dell'energia termica. Le disposizioni del codice sono applicabili alla messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas o di energia termica e l'alimentazione di tali reti con gas o energia elettrica. Sono inoltre precisate le condizioni in base alle quali l'alimentazione con gas o energia termica di reti fisse che forniscono un servizio al pubblico da parte di un ente aggiudicatore non rientra nell'ambito applicativo del codice.

L'**articolo 116** definisce in termini analoghi l'ambito di applicazione della disciplina del codice con riferimento al settore dell'elettricità (messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di elettricità e l'alimentazione di tali reti con l'elettricità) individuando anche le condizioni per la non applicabilità delle disposizioni del codice.

L'**articolo 117** disciplina il settore dell'acqua. Anche in tal caso l'ambito di applicazione viene definito in termini analoghi a quanto previsto dai due articoli precedenti (messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di

un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile nonché alimentazione di tali reti con acqua potabile) individuando anche le condizioni per la non applicabilità delle disposizioni del codice. Rientrano, inoltre, nell'ambito applicativo del codice medesimo i progetti di ingegneria idraulica, irrigazione o drenaggio predisposti dagli enti aggiudicatori e che presentino alcune caratteristiche dimensionali ovvero impianti di irrigazione o di drenaggio. Si prevede anche che la disciplina si applichi ai progetti di smaltimento o trattamento delle acque reflue.

L'**articolo 118** disciplina il settore del trasporto specificando che il codice si applica alle 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, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo, ad esclusione dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana. La disposizione specifica, inoltre, che una rete esiste se il servizio di trasporto è fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle autorità pubbliche competenti. Sono fatte salve le disposizioni dell'articolo 17, comma 1, lettera i, che esclude i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana dall'ambito applicativo del codice.

L'**articolo 119** prevede che le disposizioni del codice si applichino allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto, ai vettori aerei, marittimi e fluviali.

L'**articolo 120** stabilisce che le disposizioni del codice si applichino ai servizi postali e ad altri servizi diversi da quelli postali a condizione che tali servizi siano prestati da un ente che fornisce anche servizi postali. Contiene anche alcune definizioni relative all'individuazione del perimetro applicativo della norma.

L'**articolo 121** disciplina il settore dell'estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi. In ottemperanza alla direttive prevede l'applicazione della disciplina del codice alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica per estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi. La norma **esclude**, inoltre, dall'ambito di **applicazione di tale disciplina le attività concernenti il petrolio ed il gas naturale**. La norma precisa che l'esclusione discende dal fatto che entrambi i settori citati sono direttamente esposti alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

La direttiva prevede la possibilità di **escludere** dall'applicazione delle disposizioni da essa contenute alcuni settori a condizione che "lo Stato membro o gli enti aggiudicatori possono dimostrare che nello Stato membro in cui è esercitata l'attività, questa è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili". Un mercato è

considerato liberamente accessibile se lo Stato membro ha attuato e applicato le norme della legislazione dell'Unione di cui all'allegato III (articolo 34 della direttiva).

Tra queste direttive è indicata sotto la rubrica "Estrazione di petrolio o di gas" la direttiva 94/22/CEE relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e **coltivazione di idrocarburi**, attuata in Italia dal decreto legislativo n. 625 del 1996.

L'**articolo 35** della direttiva medesima prevede tuttavia che l'**esclusione** dall'ambito applicativo della direttiva medesima di alcuni ambiti **sia assoggettata ad una procedura** che prende le mosse da un'istanza dello Stato membro alla Commissione diretta a richiedere che la direttiva non si applichi all'aggiudicazione di appalti o all'organizzazione di concorsi di progettazione relativi all'ambito che si chiede di escludere. Lo Stato può allegare a sostegno della richiesta la posizione adottata da un'amministrazione nazionale indipendente competente per l'attività in questione. Sulla richiesta la Commissione può, mediante atti di esecuzione adottati entro i termini di cui all'allegato IV (90 o 130 giorni), stabilire se un'attività sia direttamente esposta alla concorrenza sulla base dei criteri stabiliti all'articolo 34.

Procedure per la scelta del contraente (artt. 122- 132)

Gli **articoli 122-132** stabiliscono le disposizioni riguardanti le procedure da applicare per la scelta del contraente. Gli articoli in questione recepiscono le corrispondenti disposizioni della direttiva (artt. 44, 45, 47, 50, 63, 67-71 e 74-75).

L'**articolo 122** stabilisce le disposizioni applicabili all'ambito in questione in quanto compatibili. Viene richiamata l'applicabilità diretta delle norme in tema di procedura aperta (art. 60), di procedura ristretta (art. 61) e di dialogo competitivo (art. 64), con limitati adattamenti, e sul partenariato per l'innovazione (art. 65). Vengono altresì richiamate le disposizioni relative alle consultazioni preliminari (art. 66), alla partecipazione precedente di candidati ed offerenti (art. 67) nonché le disposizioni in tema di etichettature e specifiche tecniche (artt. 68 e 69). Infine si richiamano le disposizioni in tema di pubblicazione a livello nazionale di bandi e avvisi e la norma relativa alla disponibilità elettronica dei documenti di gara (articoli 73 e 74).

In larga parte si rinvia pertanto alla disciplina generale del Titolo III, Capi II e III, della Parte II del testo in esame (ossia le disposizioni relative alla scelta del contraente, ai bandi e agli avvisi e alla selezione delle offerte). Le parti non richiamate corrispondono agli aspetti specifici della procedura riguardante i settori speciali di cui si tratta e sono disciplinati dagli articoli 123-132.

L'**articolo 123**, che recepisce pressoché testualmente l'articolo 44 della direttiva, prevede che nell'aggiudicazione di appalti di forniture, di lavori o di servizi, gli enti aggiudicatori ricorrono a procedure di affidamento aperte, ristrette o negoziate precedute da indizione di gara nonché al dialogo competitivo e al partenariato per l'innovazione. La disposizione precisa a quali condizioni può essere ammesso il ricorso alla procedura di dialogo competitivo. Uno dei casi è

quello in cui, ad esito di una procedura aperta o ristretta, siano state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili (sono indicati i casi in cui le offerte sono considerate irregolari o inammissibili).

La norma stabilisce inoltre che le procedure di affidamento devono essere precedute dalla pubblicazione di un avviso di indizione di gara che può consistere in un bando di gara, in un avviso periodico (nel caso in cui il contratto sia aggiudicato con procedura ristretta o negoziata) o in un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione (nel caso in cui il contratto sia aggiudicato con procedura ristretta o negoziata, con il dialogo competitivo o con un partenariato per l'innovazione). Si ammette, rinviando alla disciplina di cui all'articolo 125, la possibilità di ricorrere anche alla procedura negoziata senza previa indizione di gara.

L'**articolo 124** disciplina la **procedura negoziata con indizione di gara**. La disposizione recepisce l'articolo 47 della direttiva. La disposizione regolamenta tre aspetti. Il principio per il quale ogni operatore può fare domanda di partecipazione ad una procedura, rispondendo all'avviso e fornendo gli elementi richiesti dall'ente aggiudicatore per la selezione qualitativa. Il termine minimo, decorrente dalla trasmissione del bando di gara, è di almeno 30 giorni ovvero dalla data di invito a confermare interesse se si è proceduto mediante pubblicazione di un avviso periodico indicativo. In ogni caso tale termine non può essere inferiore a 15 giorni. Partecipano alle negoziazioni solo gli operatori economici invitati dall'ente aggiudicatore ai quali è riconosciuta la possibilità di limitare il numero dei candidati idonei ai sensi dell'articolo 91 (vedi *supra*).

Il termine per la ricezione delle offerte può essere fissato di concerto tra l'ente aggiudicatore e i candidati selezionati, purché questi ultimi dispongano di un termine identico per redigere e presentare le loro offerte. In assenza di un accordo sul termine per la ricezione delle offerte, il termine non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

Si segnala che l'articolo 47 della direttiva, che la disposizione in commento recepisce, stabilisce che il termine minimo per manifestare interesse o per la risposta all'avviso è "in linea di massima" fissato a non meno di trenta giorni e comunque non deve essere inferiore a 15 giorni.

L'**articolo 125**, recependo sostanzialmente l'articolo 50 della direttiva, disciplina la **procedura negoziata senza indizione di gara** e i casi nei quali tale procedura è ammessa tra i quali si segnalano i casi di **urgenza** imprevista e imprevedibile, comunque non imputabile all'ente aggiudicatore che rendano impossibile ricorrere a una procedura ordinaria. Si precisa che rientrano in tali circostanze gli interventi da porre in essere per la bonifica e la messa in sicurezza di aree contaminate o di pericolo concreto e attuale per i beni culturali.

L'**articolo 126**, recependo, anche in tal caso quasi testualmente, l'articolo 63 della direttiva, disciplina le modalità secondo le quali gli enti aggiudicatori, su richiesta degli operatori economici interessati, mettono a disposizione le **specifiche tecniche** previste nei loro appalti o a cui si intendono riferire per gli appalti oggetto di avvisi periodici. Il principio generale è che tali specifiche siano messe a disposizione in forma elettronica in forma gratuita, illimitata e diretta.

La disposizione regola i casi in cui ciò non sia possibile e i limiti all'applicazione di tale principio generale.

Il comma 4 della disposizione fa riferimento alla possibilità che siano messe a disposizione degli Stati membri su richiesta talune informazioni relativi alle prove e ai documenti con una disposizione non sembra essere presente nel corrispondente articolo della direttiva.

Al comma 4 andrebbe corretto il riferimento all'inesistente comma 8 dell'articolo 69.

L'**articolo 127** disciplina, recependo l'articolo 67 della direttiva, l'**avviso periodico indicativo** e le norme applicabili alla pubblicità degli atti relativi alle procedure di scelta del contraente nei settori di cui si tratta richiamando, in particolare, gli articoli 73 e 74.

Il comma 1 utilizza, per definire tali settori, la dizione "settori esclusi". Andrebbe invece utilizzata la formula "settori speciali".

Si osserva che l'applicabilità degli articoli 73 e 74 ai presenti settori è stata già stabilita ai sensi dell'articolo 122.

L'**articolo 128**, che recepisce l'articolo 68 della direttiva, prevede la possibilità per gli enti aggiudicatori di istituire e gestire un proprio **sistema di qualificazione** degli imprenditori, fornitori o prestatori di servizi. Tale sistema va reso pubblico con apposito avviso indicando le finalità del sistema di qualificazione e le modalità per conoscere le norme relative al suo funzionamento nonché la durata dello stesso. Nel caso di appalti di soglia superiore a quella prevista dall'articolo 36 (*rectius* 35) le modifiche alla durata del sistema devono essere comunicate all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea. Le gare indette con avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione sono riservate agli operatori economici qualificati in base a tale sistema.

L'**articolo 129** disciplina, recependo gli articoli 69 e 70 della direttiva, i bandi di gara e gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati. Stabilisce che i bandi di gara possono essere utilizzati come mezzo di indizione di tutte le procedure selettive e indica le informazioni che devono necessariamente contenere (rinviano all'allegato XIV, parte II). Con riferimento agli avvisi stabilisce che entro trenta

giorni dalla conclusione di un contratto o di un accordo quadro che faccia seguito alla relativa decisione di aggiudicazione o di conclusione, gli enti aggiudicatori sono tenuti ad inviare un avviso di aggiudicazione che riporta i risultati della procedura di appalto precisando il regime applicabile ai contratti per servizi di ricerca e sviluppo (servizi R&S). Si precisa, infine, quali informazioni, non destinate alla pubblicazione, sono pubblicate solo in forma semplificata e per motivi statistici.

L'**articolo 130** disciplina la redazione e la modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di cui agli articoli da 127 a 129, recependo l'articolo 71 della direttiva. La disposizione si concentra in particolare sulla pubblicazione dei medesimi a livello europeo, rinviando all'articolo 73 del testo in esame con riferimento alle modalità di pubblicazione a livello nazionale. La redazione e la pubblicazione di bandi, avvisi periodici indicativi, avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione, avvisi relativi agli appalti aggiudicati devono essere conformi ai modelli di formulari redatti dalla Commissione e trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea. Si stabilisce che le stazioni appaltanti italiane, fatta salva la normativa vigente nella provincia di Bolzano, comunichino per la comunicazione gli avvisi e i bandi in lingua italiana. Il documento pubblicato in tale lingua è l'unico facente fede. Si prevede che l'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea garantisca che i testi continuino a essere pubblicati con una durata stabilita in base al tipo di avviso.

L'**articolo 131** disciplina, recependo l'articolo 74 della direttiva, la forma e le modalità secondo le quali devono essere predisposti gli inviti ai candidati ad una procedura ristretta o negoziata, nei dialoghi competitivi e nei partenariati per l'innovazione. Il principio generale è che gli inviti siano inviati simultaneamente a tutti gli operatori economici coinvolti. Si stabiliscono i casi in cui gli inviti debbano contenere i riferimenti o debbano essere corredati dai documenti di gara.

L'**articolo 132** disciplina, recependo testualmente i commi da 4 a 6 dell'articolo 75 della direttiva e mediante rinvio all'articolo 76 dello schema di decreto legislativo per gli altri commi, le informazioni da rendere a coloro che hanno chiesto una qualificazione, ai candidati e agli offerenti. Sono stabiliti i termini nei quali gli enti aggiudicatori che istituiscono e gestiscono un sistema di qualificazione sono tenuti a informare i richiedenti della loro decisione sulla qualificazione. I richiedenti la cui qualificazione è respinta devono essere informati della decisione e delle relative motivazioni entro quindici giorni dalla data della decisione di diniego. Si precisano, infine, le ragioni per le quali è ammesso porre fine alla qualificazione di un operatore economico e le modalità di comunicazione della stessa decisione.

La disposizione fa riferimento, relativamente ai criteri per i quali può essere respinta la richiesta di qualificazione di un operatore di mercato ovvero cessare la qualificazione, ai criteri di cui all'articolo 128, che disciplina tuttavia soltanto l'istituzione e la pubblicità del sistema di qualificazione. La disciplina dei sistemi di qualificazione e dei criteri per la qualificazione degli operatori di mercato sono previste agli articoli 134-136 del presente schema di decreto legislativo.

Selezione dei partecipanti, delle offerte e relazioni uniche (artt. 133 – 139).

Gli articoli 133-139 disciplinano, anche in tal caso con un ampio ricorso allo strumento del rinvio a norme del capo III, titolo III della parte II (svolgimento delle procedure di selezione) e del titolo IV (aggiudicazione), le modalità di selezione dei partecipanti e delle offerte negli appalti dei settori speciali e le disposizioni in tema di relazioni. Tali disposizioni recepiscono gli articoli 76, 77, 78, 80, 85, 86 e 100 della direttiva n. 25 del 2014.

L'**articolo 133**, comma 1, disciplina i principi generali in tema di selezione dei partecipanti e delle offerte recependo l'articolo 76 della direttiva e rinviando, per quanto riguarda **le procedure di scelta del contraente**, in quanto compatibili con le norme della sezione contenente gli articoli in commento, alle disposizioni di cui all'articolo 74 (disponibilità elettronica dei documenti di gara), agli articoli 77-93 (si tratta delle disposizioni relative alla **selezione delle offerte**) e agli articoli 95, 96 e 97 (criteri di aggiudicazione degli appalti, calcolo dei costi del ciclo di vita e offerte anomale).

L'articolo 133 rinvia a quanto previsto dagli articoli 135 e 136 (vedi *infra*) in tema di **esclusione** e di **selezione** degli offerenti e dei candidati. Si stabilisce anche che i medesimi criteri dell'articolo 135 si applichino per la **riduzione del numero di candidati** nelle procedure ristrette o negoziate con indizione di gara, nei dialoghi competitivi o nei partenariati per l'innovazione.

Nel **caso di gare** con avviso sull'esistenza di sistemi di qualificazione gli enti aggiudicatori applicano, per la qualificazione degli operatori economici, le disposizioni di cui all'articolo 134 (vedi *infra*).

Si prevede anche che **agli operatori economici**, se pertinenti, si applichino nel caso di procedure selettive ristrette, negoziate, nei dialoghi competitivi o nei partenariati per l'innovazione le norme di cui al comma 1 del medesimo articolo 133 (che sono applicabili anche nel caso in cui la selezione avvenga mediante una procedura aperta).

Sono disciplinate le modalità con cui gli enti aggiudicatori debbono procedere nella selezione dei partecipanti a una procedura ristretta o negoziata, a un dialogo competitivo o per un partenariato per l'innovazione, quando decidono

sulla qualificazione o aggiornano i criteri e le norme; l'utilizzo della banca dati di cui all'articolo 81 dello schema di decreto in commento; le verifiche curate dai medesimi enti aggiudicatori e le modalità di aggiudicazione (sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95, espressamente richiamato e fatta salva la disciplina delle offerte anormalmente basse di cui all'articolo 97); la possibilità di non aggiudicare l'appalto nel caso di inadempimento degli obblighi di cui all'articolo 30 e, nelle procedure aperte, la facoltà di valutare le offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti.

L'**articolo 134** recepisce l'articolo 77 della direttiva. Si prevede che gli enti aggiudicatori possono istituire e gestire un proprio **sistema di qualificazione** degli operatori economici stabilendo norme e criteri oggettivi per l'esclusione e l'iscrizione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati e per il funzionamento del sistema di qualificazione.

L'**articolo 135** disciplina, recependo l'articolo 78 della direttiva, specificamente i **criteri di selezione qualitativa** degli offerenti e dei candidati prevedendo che gli enti aggiudicatori possono stabilire norme e criteri oggettivi, accessibili agli operatori economici interessati, per l'esclusione e la selezione degli offerenti o dei candidati. Stabilisce, inoltre, che per garantire un equilibrio adeguato tra le caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi necessari alla sua realizzazione, gli enti aggiudicatori possono definire norme e criteri oggettivi che consentano anche di ridurre il numero di candidati che saranno invitati a presentare un'offerta, ferma restando una adeguata concorrenza. Fa inoltre rinvio all'articolo 89 relativamente alla possibilità di avvalimento di requisiti tecnico professionali o di natura economico finanziaria.

L'**articolo 136** disciplina, recependo quanto stabilito dall'articolo 80 della direttiva, le **cause di esclusione degli operatori economici nei sistemi di qualificazione**. Si prevede che nelle norme e nei criteri per l'esclusione e la selezione dei candidati e degli offerenti nelle procedure aperte, ristrette o negoziate, nei dialoghi competitivi oppure nei partenariati per l'innovazione, possono essere inclusi i motivi di esclusione previsti dall'articoli 80 e quelli desumibili dall' articolo 83 (che disciplina i criteri di selezione degli operatori economici), rinviando inoltre ai fini dell'applicazione dei medesimi articoli, alle disposizioni degli articoli 85, 86 e 88 del medesimo schema di decreto che regolamentano rispettivamente il documento di gara unico europeo, i mezzi di prova dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e del rispetto dei criteri di selezione di cui all'articolo 83, e il registro online Ecertis.

L'**articolo 137** definisce, recependo quanto previsto dall'articolo 85 della direttiva, la disciplina applicabile a offerte contenenti prodotti originari di paesi

terzi con cui l'Unione Europea non ha concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un accordo di reciprocità. Qualsiasi offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture può essere respinta quando la parte dei prodotti originari di paesi terzi che compongono l'offerta supera il 50 per cento del valore totale dei prodotti, incluso il *software*, che viene considerato un prodotto. Prevede, altresì che se due o più offerte si equivalgono debba essere preferita l'offerta che non può essere respinta precisando che, se la differenza di prezzo non supera il 3 per cento, il valore dell'offerta è considerato equivalente a meno che l'ente aggiudicatore sia tenuto ad acquistare materiale con caratteristiche tecniche diverse da quelle del materiale già esistente.

L'**articolo 138** attribuisce, recependo il disposto dell'articolo 86 della direttiva, alla cabina di regia prevista dall'articolo 212 dello schema di decreto legislativo cui si rinvia, su segnalazione del Ministro dello sviluppo economico, del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, **il coordinamento relativo alle informazioni da fornire alla Commissione europea** circa ogni difficoltà d'ordine generale incontrata dalle imprese italiane nell'ottenere l'aggiudicazione di appalti di servizi in paesi terzi. Sono fatti salvi gli impegni assunti nei confronti dei paesi terzi derivanti da accordi internazionali, in particolare in seno all'Organizzazione mondiale del Commercio, in materia di appalti pubblici.

L'**articolo 139** disciplina le **relazioni uniche** sulle procedure di aggiudicazione degli appalti, recependo quanto previsto dall'articolo 100 della direttiva. Si prevede che gli enti aggiudicatori conservino le informazioni appropriate relative ad ogni appalto o accordo quadro per giustificare le decisioni relative alla qualificazione e alla selezione degli operatori economici; all'aggiudicazione degli appalti; al ricorso a procedura negoziate non precedute da gara; alla mancata applicazione delle disposizioni sulle tecniche e strumenti per gli appalti e delle disposizioni sullo svolgimento delle procedure di scelta del contraente, in virtù delle deroghe previste dal codice nonché all'eventuale ricorso all'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici. L'articolo disciplina le modalità attraverso le quali gli enti aggiudicatori devono garantire la conservazione di tutta la documentazione sufficiente a giustificare decisioni adottate in tutte le fasi della procedura di appalto e ne stabilisce la conservazione per almeno tre anni dalla data di aggiudicazione dell'appalto. Le informazioni o la documentazione o i principali elementi sono comunicati alla Cabina di regia per l'eventuale successiva comunicazione alla Commissione, alle autorità o agli organismi competenti.

Servizi sociali (artt. 140 e 142-144)

Appalti nei servizi sociali e altri servizi (artt. 140 e 142-144)

Gli **articoli 140, 142, 143 e 144** recano le norme applicabili per gli **appalti di servizi sociali** e di altri servizi specifici dei **settori speciali e ordinari**, i cui codici di riferimento (CVP) sono elencati nell'Allegato IX dello schema di decreto.

L'Allegato IX riproduce in particolare quanto contenuto nell'Allegato XIV (art. 74 direttiva 24/2014), nell'Allegato XVII (art. 91 direttiva 25/2014 e nell'Allegato IV (art. 19 direttiva 23/2014).

Per i settori ordinari, il Capo I del Titolo III della Dir. 24/2014 prevede una **normativa speciale per i servizi sociali** e gli altri servizi specifici elencati nell'allegato XIV, consentendo una discrezionalità in capo agli Stati membri per le procedure di affidamento e di aggiudicazione. In particolare, nella direttiva 24/2014, per i settori ordinari, gli appalti per i servizi sociali e altri servizi specifici sono disciplinati dagli articoli da 74 a 77 recanti le modalità di aggiudicazione, la pubblicazione degli avvisi e dei bandi, i principi per l'aggiudicazione degli appalti e gli appalti riservati per determinati servizi. La normativa europea citata si applica a tali appalti di servizi quando il valore di tali contratti sia pari o superiore alla soglia comunitaria pari o superiore a 750.000 euro, nei settori ordinari, e a 1.000.000 di euro nei settori speciali (corrispondenti alle soglie indicate dall'art. 35 del presente schema di decreto).

Nel Codice dei contratti pubblici gli appalti di tali servizi sono disciplinati dagli articoli 20 e 21 e dai relativi allegati IIA e IIB, e si prevede che si applichi a tali appalti l'articolo 68 (specifiche tecniche), l'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), e l'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati), senza prevedere una disciplina speciale. In particolare, l'articolo 21 stabilisce che gli appalti aventi per oggetto sia servizi elencati nell'allegato II A che servizi elencati nell'allegato II B sono aggiudicati conformemente all'articolo 20, se il valore dei servizi elencati nell'allegato II B sia superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato II A.

Entrando nel dettaglio, gli **articoli 140 e 142** prevedono, rispettivamente, per i settori speciali e ordinari, determinate **modalità per l'aggiudicazione di appalti di servizi sociali**, mediante avvisi e bandi (commi 1) .

Tali modalità non si applicano nel caso di procedura negoziata senza previa pubblicazione e, in caso di appalti pari o superiori alle due soglie previste all'articolo 35, per cui vengono previsti i modelli di formulari stabiliti dalla Commissione europea mediante atti di esecuzione (comma 2 dell'art. 140, e commi 2 e 4 dell'art. 142).

L'**articolo 143**, comma 1, prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di riservare la partecipazione agli appalti pubblici in materia di **servizi sanitari, sociali e culturali** a specifici enti.

La norma prevede, in particolare, i requisiti che devono essere posseduti da tali enti al fine di essere affidatari di contratti in tali settori (comma 2) e, al fine di assicurare continuità e efficacia del servizio, impone il limite minimo di durata contrattuale pari al triennio (comma 3).

L'**articolo 144** disciplina il **servizio di ristorazione**, ritenuto secondo quanto stabilito dall'allegato XIV della direttiva 24/2014 "servizio specifico", al quale le norme comunitarie sono applicabili, soltanto per i contratti di importo pari o superiori a euro 750.000, per i settori ordinari, e che viene affidato esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 3 del presente schema.

La **lettera d)** della legge delega prevede una specifica disciplina per il settore dei servizi sostitutivi di mensa e dispone, in particolare, che l'affidamento di tali servizi avvenga esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, come previsto dalla lettera gg) della legge delega come, conseguentemente, previsto dall'articolo 95, comma 3 del presente schema di decreto.

I servizi di mensa sono inclusi tra i servizi specifici di cui all'Allegato XIV della direttiva n. 24 a cui si applica, ai fini dell'aggiudicazione, la disciplina del Capo I del titolo III quando il loro valore è pari o superiore alla soglia di cui alla lettera d) del comma 1 dell'articolo 4 (750.000 euro).

La disciplina dei servizi sostitutivi di mensa nella normativa vigente è contenuta nell'art. 285 del D.P.R. 207/2010 (regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti), che ha sostituito il D.P.C.M. 18 novembre 2005.

Riguardo alla valutazione dell'offerta tecnica, l'**articolo 144**, comma 1 dispone la necessità di tener conto degli aspetti qualitativi dei prodotti, anche con riferimento agli aspetti biologici, tipici o tradizionali e alle disposizioni ambientali in materia di *green economy*. In tale ambito, l'articolo 144 specifica che vengono fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 5-quater del decreto legge 12 settembre 2013, n. 104 e di cui all'articolo 6, comma 1, della legge 18 agosto 2015, n.141.

L'articolo 4, comma 5-quater stabilisce che le stazioni appaltanti prevedano specificatamente l'inserimento dei suddetti aspetti nei bandi delle gare d'appalto per l'affidamento e la gestione dei servizi di refezione scolastica e di fornitura di alimenti e prodotti agroalimentari agli asili nido, alle scuole dell'infanzia, alle scuole primarie, alle scuole secondarie di primo e di secondo grado e alle altre strutture pubbliche che abbiano come utenti bambini e giovani fino a diciotto anni di età.

L'articolo 6, comma 1, della legge 18 agosto 2015, n.141 consente alle istituzioni pubbliche che gestiscono mense scolastiche e ospedaliere di prevedere nelle gare concernenti i relativi servizi di fornitura, criteri di priorità per l'inserimento di prodotti agroalimentari provenienti da operatori dell'agricoltura sociale.

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 144, con **decreti** del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, sono definite e aggiornate le **linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica**. Fino all'adozione delle linee guida le stazioni appaltanti individuano

nei documenti di gara le specifiche tecniche finalizzate a garantire la qualità del servizio richiesto.

E' inoltre prevista una disciplina innovativa e specifica in relazione all'attività di emissione di **buoni pasto**, che deve essere svolta esclusivamente da società di capitali con capitale sociale versato non inferiore a 750.000 euro (comma 3).

Come previsto al comma 5 dell'articolo 144, con **decreto** del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, sono individuati gli esercizi presso i quali può essere erogato il servizio sostitutivo di mensa reso a mezzo dei buoni pasto, le caratteristiche dei buoni pasto e il contenuto degli accordi stipulati tra le società di emissione di buoni pasto e i titolari degli esercizi convenzionabili.

Appalti nel settore dei beni culturali (artt. 145-151)

Gli **articoli da 145 a 151** dettano la disciplina relativa a contratti pubblici concernenti i **beni culturali** tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio.

La **lettera o)** della legge delega prevede il riordino e la 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, genericamente 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 (decreto legislativo 42/2004), e anche la necessità di garantire la trasparenza e la pubblicità degli atti.

La disciplina relativa ai contratti relativi ai beni culturali è contenuta nel capo II del titolo IV della parte terza del Codice (artt. 197-205 del D.Lgs. 163/2006) e negli articoli 239-251 del Regolamento, costituenti il Titolo XI della Parte seconda del D.P.R. 207/2010.

Relativamente ai **contratti di sponsorizzazione**, si fa notare che essi rientrano tra i contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice dei contratti. Tali contratti disciplinati dall'art. 26 hanno ad oggetto lavori, servizi o interventi di restauro e manutenzione di beni sottoposti a tutela ai sensi del d.lgs. 42/2004. L'articolo 26, come modificato dall'art. 20 del D.L. 5/2012 prevede al comma 2-bis che ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture aventi ad oggetto beni culturali vengono applicate anche le norme di cui all'art. 199-bis del Codice dei contratti pubblici, come introdotto dalla lett. h) del comma 1 del medesimo articolo 20, riguardante la disciplina delle procedure per la selezione dello sponsor.

L'**articolo 145**, comma 1, specifica che le disposizioni previste nel relativo capo dettano la disciplina relativa a contratti pubblici concernenti i beni tutelati dal Codice dei beni culturali e del paesaggio. Tali disposizioni si applicano, come già previsto dalla legislazione vigente, all'esecuzione di scavi archeologici, anche subacquei e che, per quanto non diversamente disposto nel presente capo, trovano applicazione le pertinenti disposizioni del presente schema di decreto.

Qualificazione e progettazione (artt. 146 e 147)

Gli **articoli 146 e 147** prevedono, rispettivamente, disposizioni inerenti al possesso di **requisiti di qualificazione** e ai livelli e contenuti della **progettazione** nel settore dei **beni culturali**.

L'**articolo 146** richiede per i **lavori nel settore dei beni culturali**, il possesso di **requisiti di qualificazione** specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento, conformemente a quanto disposto dall'articolo 9-bis e dall'articolo 29 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in materia di competenze delle figure professionali interessate.

Nel Codice dei beni culturali, l'articolo 9-bis specifica che gli interventi operativi di tutela, protezione e conservazione dei beni culturali nonché quelli relativi alla valorizzazione e alla fruizione dei beni stessi, di cui ai titoli I e II della parte seconda del presente codice, sono affidati alla responsabilità e all'attuazione, secondo le rispettive competenze, di determinate figure professionali, in possesso di adeguata formazione ed esperienza professionale.

Il comma 9-bis dell'articolo 29 del Codice dei beni culturali richiama l'applicazione dei decreti ministeriali n. 86 e 87 del 2009 che, agli effetti dell'esecuzione degli interventi di manutenzione e restauro su beni culturali mobili e superfici decorate di beni architettonici, nonché agli effetti del possesso dei requisiti di qualificazione da parte dei soggetti esecutori di detti lavori, disciplinano la qualifica di restauratore di beni culturali, i profili di competenza dei restauratori e degli altri operatori che svolgono attività complementari al restauro o altre attività di conservazione dei beni culturali mobili e delle superfici decorate di beni architettonici.

L'articolo 182 del Codice dei beni culturali in via transitoria agli effetti indicati all'articolo 29, comma 9-bis, dispone che acquisisce la qualifica di restauratore di beni culturali, per il settore o i settori specifici richiesti tra quelli indicati nell'allegato B, colui il quale abbia maturato una adeguata competenza professionale nell'ambito del restauro dei beni culturali mobili e delle superfici decorate dei beni architettonici. Per l'attribuzione dei punteggi per la qualificazione di tale professione, il comma 1-quater lettera c), prevede tra l'altro che l'attività svolta deve risultare da atti di data certa emanati, ricevuti o anche custoditi dall'autorità preposta alla tutela del bene oggetto dei lavori o dagli istituti di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 368, formati in occasione dell'affidamento dell'appalto, in corso d'opera o al momento della conclusione dell'appalto, ivi compresi atti concernenti l'organizzazione ed i rapporti di lavoro dell'impresa appaltatrice.

L'articolo 146, comma 1, introduce una specificazione, non contenuta nel richiamato articolo 182, comma 1-*quater* lettera c), riguardante **l'utilizzo dei lavori** di cui al presente capo, per la **qualificazione, dall'operatore** che li ha effettivamente eseguiti e che l'utilizzo medesimo, quale requisito tecnico, non è condizionato da criteri di validità temporale.

In tema di **avvalimento**, l'articolo 146, comma 3, prevede che per i contratti di cui al presente capo - considerata la specificità del settore - non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento, di cui all'articolo 89 del presente schema di decreto.

Ai sensi del comma 4 dell'articolo 146, con **decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali** e del turismo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da emanarsi **entro 6 mesi** dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, sono stabiliti i requisiti di qualificazione dei direttori tecnici e degli esecutori dei lavori e le modalità di verifica ai fini dell'attestazione.

Nelle more dell'emanazione di tale decreto, l'**art. 216, comma 2, ottavo periodo**, prevede che continuino ad **applicarsi** le norme dell'**art. 248 del D.P.R. 207/2010**, rubricato "Qualificazione e direzione tecnica per i lavori riguardanti i beni del patrimonio culturale".

Il comma 4 prevede altresì che il **direttore tecnico** dell'operatore economico incaricato degli interventi di cui all'art. 147, comma 2, secondo periodo, deve comunque possedere la qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della normativa vigente prevista dall'articolo 182 del Codice dei beni culturali.

L'**articolo 147** relativo ai livelli e contenuti della progettazione, innova i contenuti degli articoli 202 e 203 del decreto legislativo n. 163 del 2006, in materia di **attività di progettazione e direzione dei lavori**.

Una prima novità, presente al comma 1 dell'articolo in esame, rispetto all'art. 203, riguarda la richiesta, per i lavori aventi ad oggetto beni culturali, in sede di **progetto di fattibilità**, di redazione di una **scheda tecnica** finalizzata all'individuazione delle caratteristiche del bene oggetto di intervento.

In particolare, ai sensi dell'articolo 147, comma 1, con il **decreto** di cui all'articolo 146, comma 4, che stabilisce i requisiti di qualificazione dei direttori tecnici e degli esecutori dei lavori, sono definiti gli interventi relativi a beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, per i quali la scheda deve essere redatta da restauratori di beni culturali, qualificati ai sensi dalla normativa vigente.

Una seconda novità, contenuta al comma 3, riguardante i lavori di monitoraggio, manutenzione o restauro di beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, stabilisce che il progetto di fattibilità comprenda, oltre alla predetta scheda tecnica, anche le ricerche preliminari, le relazioni illustrative e il calcolo sommario di spesa.

Una terza novità presente al comma 4 riguarda la necessità del **progetto esecutivo** per l'**appalto** dei suddetti lavori di monitoraggio e quelli di scavo archeologico, anche subacqueo, nonché quelli relativi al verde storico di cui all'articolo 10, comma 4, lettera f) del codice dei beni culturali e del paesaggio.

Infine, al comma 6 dell'articolo 147, si dispone che la **direzione dei lavori**, il supporto tecnico alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale, nonché l'organo di collaudo, devono essere integrati con la presenza di un restauratore di beni culturali ai sensi della normativa vigente, ovvero, secondo la tipologia dei lavori, altri professionisti di cui all'articolo 9-bis (vedi *supra*) del Codice dei beni culturali, con esperienza almeno quinquennale in possesso di specifiche competenze coerenti con l'intervento.

Affidamento dei contratti e varianti (artt. 148 e 149)

Gli **articoli 148 e 149** disciplinano e in parte innovano, rispettivamente, l'**affidamento congiunto dei contratti**, previsto dall'art. 200 del Codice dei

contratti pubblici, e le **varianti in corso d'opera**, previste dall'art. 205 del Codice medesimo.

L'**articolo 148**, comma 1, prevede, estendendo ad altre categorie di beni previste dall'articolo 200 del Codice dei contratti, che i lavori concernenti beni mobili, superfici decorate di beni architettonici e **materiali storicizzati** di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, gli **scavi archeologici**, anche subacquei, nonché quelli relativi a **ville, parchi e giardini** di cui all'articolo 10, comma 4, lettera f) del codice dei beni culturali e del paesaggio, non siano **affidati congiuntamente** a lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali.

L'articolo 148, comma 1, al fine di derogare alla suddetta norma limitante l'appalto congiunto, prevede l'esistenza di motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori, accertate dal responsabile del procedimento, specificando che le medesime esigenze non siano attinenti alla sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.

Ai sensi del comma 3 dell'articolo 148, diversamente da quanto stabilito dal citato art. 200, si prevede, per gli **appalti** aventi ad oggetto gli **allestimenti degli istituti e luoghi di cultura** di cui all'art. 101 del Codice dei beni culturali, e per la **manutenzione** e il **restauro di ville, parchi e giardini** di cui sopra, la possibilità di applicare la **disciplina relativa ai servizi o alle forniture**, previo provvedimento motivato del responsabile del procedimento.

E' ribadito al comma 7, infine, quanto previsto dall'art. 204 del Codice dei contratti pubblici, per l'esecuzione dei **lavori in economia** consentita nei casi di somma urgenza fino trecentomila euro, tanto in amministrazione diretta, che per cottimo fiduciario.

L'**articolo 149** disciplina la possibilità di **varianti in corso d'opera** per i beni culturali da parte del direttore dei lavori. In particolare, il comma 1 non considera varianti in corso d'opera, come prevede anche il testo vigente dell'art. 205, gli interventi disposti che non modificano qualitativamente l'opera e che non comportino una variazione in aumento o in diminuzione superiore al venti per cento del valore di ogni singola categoria di lavorazione. L'articolo 149, comma 1, modificando l'art. 205, stabilisce che le **variazioni** devono rientrare nel limite del **dieci per cento** dell'importo complessivo **contrattuale**.

Ulteriore novità, rispetto al contenuto dell'art. 205, disposta dall'articolo 149, comma 2 riguarda - per i lavori di beni mobili e immobili e per gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, nonché per l'esecuzione di scavi archeologici, anche subacquei - la **possibilità** di **varianti in corso d'opera**, su proposta del direttore dei lavori, in quanto giustificate dalla evoluzione dei criteri della disciplina del restauro, nel limite del venti per cento in più dell'importo contrattuale.

L'articolo 205 del Codice prevede che, per i lavori indicati all'articolo 198, le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, oltre che nei casi previsti dall'articolo 132, su proposta del direttore dei lavori e sentito il progettista, in quanto giustificate dalla evoluzione dei criteri della disciplina del restauro.

Non sono considerati varianti in corso d'opera gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, finalizzati a prevenire e ridurre i pericoli di danneggiamento o deterioramento dei beni tutelati, che non modificano qualitativamente l'opera nel suo insieme e che non comportino una variazione in aumento o in diminuzione superiore al venti per cento del valore di ogni singola categoria di lavorazione, senza modificare l'importo complessivo contrattuale.

Per le medesime finalità indicate sopra, il responsabile del procedimento, può, altresì disporre varianti in aumento rispetto all'importo originario del contratto entro il limite del dieci per cento, qualora vi sia disponibilità finanziaria nel quadro economico tra le somme a disposizione della stazione appaltante.

Sono ammesse, nel limite del venti per cento in più dell'importo contrattuale, le varianti in corso d'opera rese necessarie, posta la natura e la specificità dei beni sui quali si interviene, per fatti verificatisi in corso d'opera, per rinvenimenti imprevisi o imprevedibili nella fase progettuale, nonché per adeguare l'impostazione progettuale qualora ciò sia reso necessario per la salvaguardia del bene e per il perseguimento degli obiettivi dell'intervento. In caso di proposta di varianti in corso d'opera, il responsabile unico del procedimento può chiedere apposita relazione al collaudatore in corso d'opera.

Collaudo e sponsorizzazioni (artt. 150 e 151)

L'**articolo 150** ribadisce al comma 1, come previsto dall'art. 251 del regolamento di esecuzione, sul **collaudo** dei lavori riguardanti i beni del patrimonio culturale, l'obbligatorietà del collaudo in corso d'opera, sempre che non sussistano le condizioni per il rilascio del certificato di regolare esecuzione, e stabilendo ai sensi del comma 2, specifiche disposizioni concernenti il collaudo di interventi sui beni culturali in relazione alle loro caratteristiche, con il **decreto** di cui all'articolo 146 del schema di decreto.

L'**articolo 151** prevede l'applicazione della disciplina dei **contratti di sponsorizzazione** prevista all'articolo 19 del decreto, ai lavori, servizi o forniture relativi a beni culturali (comma 1).

Il comma 1 estende la medesima disciplina dell'articolo 19 anche ai contratti di sponsorizzazione finalizzati al sostegno degli **istituti e dei luoghi della cultura**, di cui all'articolo 101 del citato d.lgs. n. 42 del 2004, delle **fondazioni lirico-sinfoniche** e dei **teatri di tradizione**.

L'**articolo 151**, comma 3, disciplina inoltre **forme speciali di partenariato, da attivare da parte del Ministero dei beni culturali** - senza tuttavia specificare la natura di tali atti - con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire, anche mediante concessione, il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, anche con finalità di ricerca scientifica

applicata alla tutela, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili.

Concorsi di progettazione (artt. 141 e 152-157)

Gli **articoli da 152 a 157** recano la disciplina riguardante i **concorsi di progettazione**, stabilendo gli ambiti di applicazione e le esclusioni, le procedure concorsuali, la composizione della commissione giudicatrice, i concorsi di idee e altri incarichi di progettazione.

L'articolo 3 del decreto definisce concorsi di progettazione le procedure intese a fornire alle stazioni appaltanti, soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, forestale, paesaggistica, naturalistica, del verde urbano, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria, del paesaggio forestale agronomico, del verde urbano o dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base a una gara, con o senza assegnazione di premi.

Gli articoli 78-82 della **direttiva 24/2014** regolano i concorsi di progettazione negli appalti pubblici nei settori ordinari, mentre gli articoli 95-98 contengono le corrispondenti norme per i settori speciali.

Il criterio di cui alla **lettera oo)** della legge delega è finalizzato alla valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nelle concessioni di lavori attraverso, tra l'altro, la promozione della qualità architettonica e tecnico-funzionale, anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione.

Nella **normativa nazionale** il concorso di progettazione è disciplinato dagli articoli 99-107 del Codice dei contratti pubblici, per gli appalti nei settori ordinari, e dagli articoli 235-237 per gli appalti nei settori speciali.

In particolare si ricorda che il capo IV del titolo I della parte II del Codice dei contratti pubblici racchiude tutte le norme riguardanti i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (artt. 90-112-bis). L'articolo 91 disciplina le modalità di affidamento degli incarichi di progettazione; in particolare, il comma 4 dell'articolo 91 del Codice prevede che le progettazioni definitiva ed esecutiva sono di norma affidate al medesimo soggetto, pubblico o privato, salvo che in senso contrario sussistano particolari ragioni, accertate dal responsabile del procedimento, e che l'affidamento può ricomprendere entrambi i livelli di progettazione, fermo restando che l'avvio di quello esecutivo resta sospensivamente condizionato alla determinazione delle stazioni appaltanti sulla progettazione definitiva.

La [Determinazione n. 4](#), del 25 febbraio 2015 dell'Autorità reca le più recenti linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria.

Ambito di applicazione e bandi (artt. 152 e 153)

L'**articolo 152**, comma 1, recependo quanto previsto dall'articolo 78 della direttiva 24/2014, stabilisce **l'applicazione delle norme sui concorsi di progettazione** presenti nel decreto in esame, a favore:

- dei concorsi organizzati nel contesto di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi;
- ovvero di quelli che prevedono premi di partecipazione o versamenti a favore dei partecipanti.

Il comma 2 specifica per i suddetti concorsi, il valore/soglia da applicare al netto dell'IVA, senza innovare quanto previsto dall'articolo 99 del Codice dei contratti pubblici.

Nel concorso di progettazione relativo al settore dei lavori pubblici sono richiesti esclusivamente progetti o piani con livello di approfondimento pari a quello di un **progetto di fattibilità tecnica** ed economica, diversamente dall'art. 99 che prevede un approfondimento pari a un progetto preliminare.

La norma prevede altresì **esclusioni dall'ambito di applicazione** delle norme inerenti a tale settore riguardanti, tra l'altro, i contratti secretati.

Al fine di dimostrare i requisiti previsti per l'affidamento della progettazione esecutiva, l'articolo 152 introduce una nuova previsione che consente al vincitore del concorso di costituire un **raggruppamento temporaneo** tra i soggetti di cui al comma 1 dell'articolo 24 (soggetti deputati alla progettazione interna e esterna delle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici), indicando le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli soggetti riuniti.

L'**articolo 153** disciplina i **bandi e gli avvisi** per i concorsi di progettazione e recepisce l'articolo 79 della direttiva 24/2014, stabilendo le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici indicano e gestiscono i concorsi di progettazione.

Organizzazione dei concorsi, selezione dei partecipanti e Commissione giudicatrice (artt. 154 e 155)

L'**articolo 154**, comma 1 disciplina l'**organizzazione dei concorsi di progettazione** prevedendo specifiche procedure, come prescrive anche l'articolo 101 del Codice dei contratti.

In tema di **ammissione alla partecipazione ai concorsi di progettazione** l'articolo in esame stabilisce, come prevede anche il citato articolo 101, che tale ammissione non può essere limitata:

- al territorio della Repubblica o a una parte di esso,
- ovvero dal fatto che i partecipanti debbono essere persone fisiche o persone giuridiche, eliminando la condizione "secondo la legislazione dello Stato membro in cui si svolge il concorso" dettata invece dall'articolo 101.

L'articolo 154, comma 3, ribadisce poi quanto contenuto dall'articolo 101, rispetto al fatto che i requisiti di qualificazione devono comunque consentire condizioni di accesso e partecipazione per i piccoli e medi operatori economici dell'area tecnica e per i giovani professionisti.

In caso di intervento di particolare rilevanza e complessità, la disposizione prevede che la stazione appaltante possa procedere all'esperimento di un concorso di progettazione articolato in due gradi.

L'**articolo 155** disciplina le competenze e la composizione della **Commissione giudicatrice**.

L'articolo 155, comma 1, innova quasi del tutto l'articolo 106 del Codice dei contratti. In particolare, viene specificato che la commissione giudicatrice è composta unicamente di persone fisiche, alle quali si applicano le vigenti disposizioni in materia di incompatibilità e astensione, e si ribadisce invece che almeno un terzo dei membri della commissione giudicatrice deve possedere la qualifica o una qualifica equivalente a quella richiesta ai partecipanti del concorso di progettazione.

E' prevista al comma 3 l'autonomia della commissione giudicatrice nelle sue decisioni e nei suoi pareri e l'esame dei piani e dei progetti presentati dai candidati in forma anonima, da rispettarsi sino all'espressione del parere o della decisione.

L'articolo 155, comma 4, dettaglia inoltre le competenze della commissione e prevede la redazione di un processo verbale completo del dialogo tra i membri della commissione giudicatrice e i candidati.

Concorsi di idee e altri incarichi di progettazione (artt. 156 e 157)

L'**articolo 156** prevede l'applicazione delle norme sui concorsi di progettazione anche ai **concorsi di idee** finalizzati all'acquisizione di una proposta ideativa da remunerare con il riconoscimento di un congruo premio.

L'articolo 156, comma 1, che ricalca quasi del tutto l'articolo 108 del Codice dei contratti, prevede in particolare l'ammissione al concorso di idee, oltre che dei soggetti ammessi ai concorsi di progettazione, anche dei lavoratori subordinati abilitati all'esercizio della professione e iscritti al relativo ordine professionale secondo l'ordinamento nazionale di appartenenza, nel rispetto delle norme che regolano il rapporto di impiego, con esclusione dei dipendenti della stazione appaltante che bandisce il concorso.

In particolare, l'articolo 156, comma 3, per i lavori, stabilisce che nel bando non possono essere richiesti elaborati di livello pari o superiore a quelli richiesti per il **progetto di fattibilità tecnica** ed economica (l'articolo 108 lo prevede per il progetto preliminare). La norma diversamente che nel testo vigente dell'art. 108 sottolinea che la partecipazione deve avvenire in forma anonima.

L'**articolo 157** disciplina il conferimento di **incarichi di progettazione** e di incarichi di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo, modificando in parte quanto previsto dall'articolo 91 del Codice dei contratti pubblici.

Una sostanziale innovazione è prevista al comma 1 laddove si prevede l'innalzamento ai valori delle **soglie di rilevanza europea** dell'importo previsto dall'articolo 91, pari a 100.000 euro, per l'affidamento degli **incarichi di progettazione** e degli **altri incarichi** citati.

In particolare, l'articolo 157 stabilisce che se l'importo dell'incarico di progettazione e degli altri incarichi citati è pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria (soglie indicate all'art. 35) si applicano per l'affidamento degli incarichi, le modalità previste nel Codice dei contratti per i contratti di rilevanza comunitaria (modalità indicate nella Parte II del testo del schema di decreto). Mentre, nel caso in cui il valore dell'importo dell'incarico risulti inferiore alla suddetta soglia, si consente, come stabilito anche dal vigente articolo 91 del Codice dei contratti pubblici, la possibilità di affidamento con invito rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti, da parte delle stazioni appaltanti e a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 66, comma 6.

L'articolo 157, comma 2 richiama la procedura prevista all'articolo 66, comma 6 che tuttavia è inesistente nel testo medesimo dello schema di decreto in esame.

Un'ulteriore modifica è prevista al comma 1 e riguarda il caso in cui il valore delle attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione superi complessivamente la soglia di cui all'articolo 35.

In tale ambito, l'articolo 157 consente l'affidamento diretto della direzione dei lavori e il coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione al progettista, in base ad una ulteriore condizione introdotta, riguardante la **necessità di particolari e motivate ragioni**, condizione questa che si aggiunge a quella già contenuta nella norma vigente che prevede che tale affidamento diretto sia espressamente previsto dal bando di gara della progettazione.

Concorsi di progettazione nei settori speciali (art. 141)

L'**articolo 141**, collocato nell'ambito delle norme dei settori speciali, individua le norme dello schema di decreto applicabili ai **concorsi di progettazione nei settori speciali**. Prevede, altresì, che il bando di concorso contenga le informazioni indicate nello schema di decreto nell'Allegato XIX (corrispondente all'Allegato XIX della direttiva 25/2014), mentre l'avviso sui risultati di un concorso contenga le informazioni indicate nell'Allegato XX (corrispondente all'Allegato XX della direttiva 25/2014).

L'articolo 141 prevede al comma 4 che l'avviso sui risultati di un concorso di progettazione venga trasmesso all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea entro trenta giorni dalla chiusura del medesimo.

Andrebbero verificati e corretti i riferimenti richiamati nel comma 1 e concernenti l'art. 132.

Servizi di ricerca e sviluppo (art. 158)

L'**articolo 158** recepisce quanto previsto dall'articolo 14 della direttiva 24/2014 individuando le attività di ricerca e sviluppo, identificate con i codici del Vocabolario comune per gli appalti pubblici – CPV ivi elencati, alle quali si applica la normativa del Codice a condizione che:

- a) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice e all'ente aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività;
- b) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice e all'ente aggiudicatore.

Nella normativa vigente l'articolo 19 disciplina i contratti di servizi esclusi, prevedendo tra l'altro la non applicazione della normativa ai servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente alla stazione appaltante, perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione.

Appalti e procedure in materia di difesa e sicurezza (artt. 159-161)

Il Capo VI dello schema di decreto in esame reca talune disposizioni concernenti le procedure di appalto in specifici settori, con particolare riferimento a quelli della **difesa e della sicurezza**.

Nello specifico, il comma 1 dell'articolo 159 esclude dall'ambito di applicazione del Codice gli appalti pubblici e i concorsi di progettazione qualora **la tutela degli interessi** essenziali di sicurezza dello Stato non possa essere garantita mediante "**misure meno invasive**".

In relazione alla disposizione in esame, al fine di evitare possibili dubbi interpretativi, andrebbe valutata l'opportunità di precisare meglio il riferimento alle "misure meno invasive" che potrebbero essere adottate dall'Amministrazione della Difesa qualora la tutela degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato giustifichi la deroga alle disposizioni del Codice.

Si prevede, inoltre, che all'aggiudicazione di concessioni nei settori della difesa e della sicurezza di cui al decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208⁶, si applichino le norme di cui alla parte IV del Codice (partenariato pubblico e privato e contraente generale), fatta eccezione per le ipotesi escluse dall'ambito di applicazione dello stesso decreto legislativo.

Il decreto legislativo n. 208 del 2011 ha introdotto nell'ordinamento una specifica disciplina di settore, applicabile ai contratti pubblici relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture nei settori della difesa e sicurezza. La richiamata normativa concernente, quindi, il *procurement* nei settori della difesa e della sicurezza, si pone in alternativa alla disciplina generale dettata dal Codice dei contratti pubblici e comporta, quindi, la necessità di individuare, a seconda dell'oggetto la disciplina applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture posti in essere dal Dicastero della Difesa.

Ai sensi del comma 3 dell'articolo 159, l'Amministrazione della difesa può nominare un responsabile per ogni fase della procedura. Viene, inoltre, rinviata ad un decreto ministeriale, da adottarsi entro novanta giorni dall'entrata in vigore del codice, la disciplina di dettaglio, anche relativamente agli interventi da eseguirsi per effetto di accordi internazionali, nonché in relazione ai lavori in economia eseguiti da truppe e reparti del genio militare. Si prevede, infine, che per gli acquisti eseguiti all'estero dall'amministrazione della difesa, relativi a macchinari, strumenti e oggetti di precisione, che possono essere forniti, con i

⁶ Il decreto reca la disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE.

requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti, soltanto da operatori economici stranieri, **possono essere concesse anticipazioni** di importo non superiore ad un terzo dell'importo complessivo del prezzo contrattuale, previa costituzione di idonea garanzia.

A sua volta il successivo **articolo 160** reca la disciplina relativa ai **contratti misti** rientranti nell'ambito di applicazione:

- del decreto in esame;
- del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208,
- dell'articolo 346 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea -TFUE o dal decreto legislativo 208/2011 che reca la c.d. clausola di eccezione.

Ai sensi del richiamato articolo 346, paragrafo 1, lettera a), del TFUE, “nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza”.

Al riguardo, l'articolo in esame stabilisce il principio generale in base al quale se le amministrazioni aggiudicatrici scelgono di **aggiudicare un appalto** o una concessione **distinti per le parti separate**, il regime giuridico applicabile a ciascuno di tali contratti distinti è determinato **in base alle caratteristiche della parte separata**.

Viceversa, qualora le amministrazioni aggiudicatrici ritengano di dover procedere con un'unica aggiudicazione, il relativo regime giuridico sarà determinato tenendo conto che:

1. se una parte dell'appalto o della concessione è disciplinata dall'articolo 346 TFUE, l'appalto unico o la concessione unica potranno essere aggiudicati senza applicare le disposizioni del decreto in esame e del decreto n. 208 del 2011, “purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni oggettive”;
2. se una parte dell' appalto o della concessione è disciplinato dal decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, l'appalto unico o la concessione unica potranno essere aggiudicati conformemente a tale decreto, purché le rispettive aggiudicazioni “siano giustificate da ragioni oggettive”, ferme restando “le soglie e le esclusioni previste dallo stesso decreto legislativo”.

L'**articolo 161** esclude dall'ambito di applicazione del decreto gli appalti pubblici ed i concorsi di progettazione nonché le concessioni in materia di difesa o di sicurezza di cui al decreto legislativo 15 novembre 2011 n. 208 e regolati da:

1. norme procedurali specifiche in base a un accordo o un'intesa internazionale concluse tra lo Stato e uno o più paesi terzi o relative articolazioni, riguardanti lavori, forniture o servizi destinati alla realizzazione comune o alla gestione comune di un progetto;

2. norme procedurali specifiche in base a un accordo o un'intesa internazionale in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernente imprese di uno Stato membro o di un paese terzo;
3. norme procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale nel caso di appalti;
4. norme procedurali specifiche.

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 161, le disposizioni del decreto in esame non si applicano agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione concernenti aspetti di difesa o di sicurezza che l'amministrazione aggiudicatrice affida in base a norme sugli appalti previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento quando gli appalti pubblici e i concorsi di progettazione in questione sono interamente finanziati da tale organizzazione o istituzione. La disposizione precisa che nel caso di appalti pubblici e concorsi di progettazione cofinanziati prevalentemente da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento, le parti si accordano sulle procedure d'appalto applicabili.

Contratti segreti (art. 162)

L'**articolo 162** ha per oggetto la disciplina dei **contratti** di lavori, servizi e forniture **segreti** o la cui esecuzione esige particolari misure di sicurezza.

L'art. 1, comma 1, lett. *m*), della legge 11/2016 prevede – tra i principi e criteri di delega – una specifica disciplina per i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza, “sottoponendo tali affidamenti al controllo della Corte dei conti, con la previsione dell'affidamento del controllo preventivo a un ufficio della Corte organizzato in modo da assicurare la tutela delle esigenze di riservatezza, prevedendo che essa si pronunci sulla legittimità e sulla regolarità dei medesimi, nonché sulla regolarità, sulla correttezza e sull'efficacia della gestione”. Viene altresì richiesto, in sede di attuazione della delega di “individuare le circostanze che giustificano il ricorso a tali contratti e, ove possibile, le relative modalità di realizzazione, assicurando nelle procedure di affidamento la partecipazione di un numero minimo di operatori economici, nonché prevedendo l'adeguata motivazione nel caso in cui non sia possibile esperire la procedura con un numero minimo di partecipanti ovvero i casi in cui la negoziazione con più di un operatore economico sia incompatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza”.

L'articolo 162 riproduce in gran parte il contenuto del vigente articolo 17 del Codice, innovando la disciplina vigente per quanto attiene ai controlli effettuati dalla Corte dei Conti (comma 5).

Si prevede infatti un **controllo preventivo** da parte della Corte dei conti sulla legittimità e sulla regolarità dei suddetti contratti, in luogo del controllo successivo, attualmente previsto (art. 17, comma 5).

Non viene modificata invece la disciplina vigente in relazione alla seconda parte del criterio di delega dettato dalla citata lettera *m*) in cui si richiede di: individuare le circostanze che giustificano il ricorso a tali contratti e, ove possibile, le relative modalità di realizzazione; prevedere adeguata motivazione nel caso in cui non sia possibile esperire la procedura con un numero minimo di partecipanti ovvero i casi in cui la negoziazione con più di un operatore economico sia incompatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza.

Nell'ambito della nuova disciplina sui controlli, viene mantenuto fermo l'obbligo del **controllo sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione** da parte della Corte dei conti.

*Nonostante la formulazione letterale dell'articolo 162 – che riprende testualmente il criterio di delega di cui alla citata lettera *m*) - sembra doversi intendere che il controllo sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione non si esaurisca nella fase preventiva, investendo l'intera durata della gestione del contratto.*

Si ricorda, in proposito, che la Camera dei deputati ha approvato una proposta di legge di iniziativa parlamentare – attualmente all’esame del Senato - volta ad innovare la disciplina degli appalti secretati recata dall’articolo 17 del codice ([A.S. 1936](#)).

Nel testo approvato dalla Camera, è prevista, tra l’altro, la sottoposizione dei contratti di cui al citato articolo 17 sia al **controllo preventivo** sia **successivo** da parte della Corte dei conti, la quale si pronuncia sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti entro 45 giorni dalla trasmissione dell’atto; decorso inutilmente tale termine, la pronuncia si intende espressa in senso favorevole. Il controllo preventivo è effettuato da un ufficio della Corte dei conti organizzato, ai sensi dell’articolo 98 del testo unico di cui al regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, in modo da assicurare la tutela delle esigenze di riservatezza. In sede di **controllo successivo**, la Corte dei conti si pronuncia sulla regolarità, sulla correttezza e sull’efficacia della **gestione**.

Inoltre, l’articolo 162 prevede che la Corte dei conti provveda al controllo tramite uno **specifico ufficio** organizzato in modo tale da assicurare la tutela delle esigenze di riservatezza.

L’articolo in esame attua il criterio di delega recato dall’art. 1, comma 1, lett. *m*), della legge 11/2016, che – come si è detto - prevede l’affidamento del controllo preventivo a un ufficio della Corte organizzato in modo da assicurare la tutela delle esigenze di riservatezza.

L’articolo 17 del codice degli appalti pubblici stabilisce i casi e le condizioni in cui è possibile derogare alle disposizioni relative alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Tale disciplina derogatoria, ai sensi del comma 1, si riferisce ai contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza, e a quelli la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative.

Per tali contratti è necessario adottare un provvedimento formale e motivato caso per caso, che deve intervenire prima dell’avvio delle procedure di aggiudicazione (art. 17, comma 2). Per i contratti secretati, si dispone che le amministrazioni e gli enti utenti attribuiscono, con provvedimento motivato, le classifiche di segretezza ai sensi dell’art. 42 della L. 124/2007 (riforma dei servizi di informazione). Invece, per i contratti sottoposti a speciali misure di sicurezza, le amministrazioni e gli enti utenti dichiarano, con provvedimento motivato, i lavori, i servizi e le forniture da eseguire in tali modalità individuate nel predetto provvedimento.

Quanto alle procedure da seguire, il comma 4 dell’art. 17 prevede che l’affidamento di tali contratti avvenga previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza. Come specificato dal comma 3, gli operatori economici che eseguono i contratti devono essere in possesso dei requisiti previsti dal Codice e del nulla osta di sicurezza (art. 42, comma 1-*bis*, L. 124/2007).

Inoltre, il comma 5 prevede che i contratti di cui all’articolo 17 posti in essere da amministrazioni statali siano sottoposti **esclusivamente al controllo successivo** della Corte dei conti, la quale si pronuncia altresì sulla **regolarità, sulla correttezza e sull’efficacia della gestione**. Dell’attività di cui al comma 5 è dato conto entro il 30 giugno di ciascun anno in una relazione al Parlamento.

Somma urgenza e protezione civile (art. 163)

L'**articolo 163** disciplina le circostanze di **somma urgenza** in cui, attesa l'eccezionalità delle situazioni che "non consentono alcun indugio", è consentita l'**immediata esecuzione di interventi**. In tali circostanze, il responsabile del procedimento o il tecnico, che si reca prima sul luogo, possono disporre l'immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità. I commi da 1 a 5 dell'articolo riproducono le norme regolamentari di cui agli articoli 175 e 176 del D.P.R. 207 del 2010 relativamente agli interventi di somma urgenza in cui, a legislazione vigente, sono già ricompresi gli eventi calamitosi imprevedibili e tutte i casi di pericolo per l'incolumità di cose e persone.

I commi da 6 a 9 dettano, inoltre, specifiche disposizioni concernenti gli eventi di protezione civile. In proposito, si ricorda che la **lettera I) della legge delega** prevede che nel decreto delegato vengano inserite disposizioni concernenti le procedure di acquisizione di servizi, forniture e lavori da applicare in occasione di emergenze di protezione civile, che coniughino la necessaria tempestività d'azione con adeguati meccanismi di controllo e pubblicità successiva, con conseguente espresso divieto di affidamento di contratti attraverso procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie, ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali.

Le disposizioni di cui al comma 6 sono volte esplicitamente a **considerare circostanza di somma urgenza** il verificarsi - o la previsione di un imminente verificarsi - degli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225 (Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile). Il riferimento sembra a tutte e tre le tipologie di **eventi fronteggiabili con interventi di protezione civile**, ossia: gli eventi che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria (lett. a); gli eventi che, per loro natura ed estensione, comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria (lett. b); le calamità che, in ragione della loro intensità ed estensione, debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo e nell'ambito delle quali sono deliberati gli stati di emergenza da parte del Consiglio dei ministri (lett. c)

Al riguardo, si osserva che, da un lato, la norma prevede che costituiscono circostanza di somma urgenza tutti gli eventi di cui all'articolo 2 della legge n. 225/92, mentre, dall'altro, precisa che la circostanza di somma urgenza è ritenuta persistente finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose derivanti dagli eventi che hanno comportato la dichiarazione dello stato di emergenza di cui all'articolo 5, ossia solo gli eventi di cui alla lettera c) del

comma 1 dell'articolo 2 della citata legge n. 225. Andrebbe, pertanto, chiarito l'ambito di applicazione della norma considerato, peraltro, che, al comma 8 dell'articolo in commento si consente l'affidamento diretto anche per interventi di importo superiore a quello stabilito per la somma urgenza nei limiti di importo individuati nelle ordinanze di protezione civile di cui al comma 2 dell'articolo 5 della legge n. 225 adottate sempre nell'ambito degli eventi di cui alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 2 della medesima legge.

Il comma 9 prevede la predisposizione, da parte delle prefetture, di **elenchi di operatori economici** che includono i soggetti a cui si fa maggior ricorso in occasione delle emergenze di protezione civile.

Il comma 10 consente, in alternativa all'affidamento diretto, il ricorso alla **procedura negoziata senza** previa pubblicazione **del bando** di cui all'articolo 63 con termini ridotti a un terzo.

Il comma 11, infine, prevede obblighi di pubblicazione degli atti relativi agli affidamenti sul profilo del committente.

Contratti di concessione (artt. 164-178)

Alcune definizioni contenute nell'articolo 3 riguardano specificamente le concessioni: si tratta delle lettere uu) e vv), che individuano rispettivamente la "concessione di lavori" e la "concessione di servizi" riprendendo le corrispondenti definizioni dell'articolo 5 della direttiva n. 23. Nelle due definizioni dello schema si fa esplicito riferimento all'**assunzione in capo al concessionario del "rischio operativo"** legato alla gestione dei lavori o dei servizi, la cui definizione – identica a quella dell'articolo 5 della direttiva n. 23 – è riportata nella lettera zz). **Per le concessioni autostradali**, secondo quanto prevede il comma 7 dell'articolo 178, il rischio operativo si intende **comprensivo del rischio traffico**.

Caratteristiche delle concessioni (artt. 165-169)

Gli **articoli da 164 a 178**, inclusi nella parte III dello schema, recano la disciplina dei contratti di concessione che, sulla scorta di quanto prevede la direttiva 2014/23/UE, per la prima volta detta regole generali unitarie per le concessioni di lavori e di servizi alle quali, nella precedente disciplina, si applicavano solo i principi generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 54, la direttiva n. 2014/23/UE non si applica all'aggiudicazione di concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che sono state aggiudicate prima del 17 aprile 2014.

La legge delega dedica al regime delle concessioni alcuni principi e criteri direttivi specifici riportati nelle lettere da hhh) a mmm) del comma 1 dell'articolo 1. Il criterio di cui alla lettera hhh) prevede, in primo luogo, una disciplina organica della materia dei contratti di concessione mediante l'armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti.

In particolare, l'**articolo 164** disciplina l'ambito di applicazione della nuova disciplina. Secondo quanto prevede la norma, tale disciplina è applicabile alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, purché i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all' allegato II. Tale allegato, i cui contenuti sembrano riprodurre quelli dell'allegato II della direttiva n. 23, elenca le attività delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori di cui all'articolo 164.

Si osserva che, per come è formulata la norma e il titolo dell'allegato II, l'ambito di applicazione della nuova disciplina sembrerebbe essere limitato alle sole attività di cui all'allegato II (si tratta di attività rientranti nell'ambito dei settori speciali). Si segnala, in proposito, che il titolo dell'allegato II della direttiva specifica che le attività di tale allegato sono quelle svolte dai soli enti aggiudicatori rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina. Andrebbe

pertanto valutata l'opportunità di modificare sia il comma 1 dell'articolo 164 sia il titolo dell'allegato II al fine di esplicitare che le attività di cui all'allegato II sono quelle svolte dagli enti aggiudicatori.

Il medesimo articolo, nel precisare la disciplina applicabile della parte seconda dello schema, **esclude** dall'ambito di applicazione i **servizi non economici d'interesse generale** (come prevede l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva n. 23).

L'**articolo 165** contiene i principi generali che caratterizzano il regime delle concessioni laddove prevede che:

- la maggior parte dei **ricavi di gestione** proviene dalla **vendita dei servizi** resi al mercato;
- è **trasferito al concessionario il rischio operativo** definito dalla lettera zz) del comma 1 dell'articolo 3.

Ai sensi di tale definizione, si tratta del rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

In proposito, la norma specifica che il rischio è riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le **variazioni** relative ai costi e ricavi oggetto della concessione **incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario**. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario;

- l'**equilibrio economico finanziario** rappresenta il presupposto per la **corretta allocazione dei rischi**.

Si ricorda che la definizione di "equilibrio economico finanziario" di cui alla lettera fff) dell'articolo 3, che **non è contenuta nella normativa europea**, prevede la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco della durata del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

La norma prevede che, ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un **contributo pubblico** ovvero nella cessione di beni immobili. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori

meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, **non può essere superiore al cinquanta per cento** del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. Si tratta di una disposizione la cui portata appare innovativa rispetto a quanto prevede la normativa vigente e la normativa europea.

Si ricorda che l'articolo 143, comma 5, del d.lgs. 163/2006 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici, previa analisi di convenienza economica, possono prevedere nel piano economico finanziario e nella convenzione, a titolo di prezzo, la cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione.

Ulteriori innovazioni rispetto alla normativa vigente condizionano la sottoscrizione del contratto di concessione alla presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera prevedendo la risoluzione di diritto nel caso in cui il finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione medesima.

Il restante contenuto del comma 3, nonché i commi 4 e 5 riproducono i commi da 3-bis a 3-quater dell'articolo 144 del d.lgs. 163/2006, inseriti dall'art. 50, comma 1, lett. a), D.L. 1/2012 e dall'art. 19, comma 1, lett. b), n. 2), del D.L. 69/2013, che prevedono :

- la definizione dei bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario in modo da assicurare **adeguati livelli di bancabilità**, intendendosi per tali la remunerabilità dell'opera sul mercato finanziario (il riferimento alla remunerabilità non è previsto nella norma vigente);
- la possibilità di indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una **consultazione preliminare** per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta. Viene ribadito che non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 183/2011 e dell'articolo 33 del D.L. 179/2012, la cui disciplina viene richiamata, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti;
- la possibilità di corredare l'offerta con la **dichiarazione** sottoscritta da uno o più istituti finanziatori **di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione**;
- la possibilità di risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione o del collocamento delle obbligazioni di progetto;
- la possibilità che, in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno **stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale**, il contratto di concessione rimanga valido limitatamente alla parte che regola la realizzazione e gestione del medesimo stralcio funzionale.

L'**articolo 166**, analogamente a quanto prevede l'articolo 2 della direttiva n. 23, esplicitamente riconosce il **principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche**, per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi per garantire, in particolare, un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

L'**articolo 167** disciplina i **metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni** di importo superiore alla soglia di rilevanza europea, riprendendo il disposto dell'articolo 8 della direttiva n. 23, che individua il valore delle concessioni a cui si applica la direttiva e i metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni medesime.

Rispetto al testo della direttiva, inoltre, si precisa che, nel calcolo del valore stimato della concessione, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori tengono conto degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti.

L'**articolo 168**, sulla base di quanto prevede l'articolo 18 della direttiva n. 23, prevede che la **durata massima delle concessioni è limitata**, che è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. Rispetto al testo della direttiva, si prevede inoltre che la stessa è **commisurata al valore** della concessione, nonché **alla complessità organizzativa** dell'oggetto della stessa. Un'ulteriore differenza rispetto al testo della direttiva riguarda gli **investimenti** presi in considerazione ai fini del calcolo in quanto, oltre a ribadire che si tratta sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione, si precisa che **comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario**.

Si ricorda che, ai sensi del comma 6 dell'articolo 143 del d.lgs. 163/2006, la concessione ha di regola durata non superiore a trenta anni. Al comma 8 del medesimo articolo si prevede che, al fine di assicurare il rientro del capitale investito e l'equilibrio economico-finanziario del Piano Economico Finanziario, per le nuove concessioni di importo superiore ad un miliardo di euro, la durata può essere stabilita fino a cinquanta anni.

L'**articolo 169** disciplina le modalità di aggiudicazione dei **contratti misti** di concessioni, che hanno per oggetto sia lavori che servizi regolando i criteri per la determinazione dell'oggetto principale, la possibilità di aggiudicare concessioni distinte ovvero i casi in cui è impossibile stabilire a quali attività le concessioni siano destinate. Si tratta di un articolo che riproduce i contenuti degli articoli 20 e 22 della direttiva n. 23, rispettivamente riguardanti i contratti misti e i contratti concernenti sia le attività di cui all'allegato II sia altre attività.

Aggiudicazione delle concessioni (artt. 170-173)

L'**articolo 170**, nel riprodurre i contenuti dell'articolo 36 della direttiva, disciplina i **requisiti tecnici e funzionali**, che definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione e che sono definiti nei documenti di gara.

L'**articolo 171**, riprendendo il contenuto dell'articolo 37 della direttiva n. 23, provvede a regolare le **garanzie procedurali** nell'aggiudicazione delle concessioni. Rispetto alla direttiva il disposto di tale articolo richiede elementi aggiuntivi, che devono essere contenuti nel bando o nell'invito a presentare offerte, e che riguardano l'espressa **indicazione che la concessione è vincolata alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi** previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche e che l'offerta deve espressamente contenere, a pena di esclusione, l'impegno espresso da parte del concessionario al rispetto di tali condizione. Tale disposizione è volta ad attuare la delega laddove, alla lettera hhh), prevede l'inserimento di criteri volti a vincolare la concessione alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche.

L'**articolo 172**, nel riprodurre i contenuti dell'articolo 38 della direttiva n. 23, riguarda la **verifica**, da parte delle stazioni appaltanti, **delle condizioni di partecipazione** relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti. L'articolo richiama l'applicazione dell'avvalimento di cui all'articolo 89 nel caso in cui un raggruppamento di operatori possa far valere la capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

L'**articolo 173**, comma 1, disciplina i **criteri di aggiudicazione** delle concessioni richiamando l'articolo 30 (alla cui sezione di commento si rinvia), recante i principi per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, tra i quali i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità.

L'articolo 41 della direttiva n. 23 prevede che le concessioni sono aggiudicate sulla base di criteri oggettivi che siano conformi ai principi della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza e assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore. L'articolo 41 dispone, inoltre, che i criteri di aggiudicazione sono connessi all'oggetto della concessione, non attribuiscono una incondizionata libertà di scelta all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore, possono includere, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione.

I commi 2 e 3 individuano, altresì, i termini per la ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte alla stregua del disposto dell'articolo 39 della direttiva n. 23.

Esecuzione delle concessioni (artt. 174-176)

L'**articolo 174** detta una disciplina speciale per il subappalto applicabile alle concessioni analoga a quella di cui all'articolo 105.

Si ricorda che la normativa vigente non prevede una disciplina specifica per il subappalto nelle concessioni. Il comma 10 dell'articolo 118 del d.lgs. 163/2006, infatti prevede che le disposizioni dei commi 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 del medesimo articolo si applicano, tra l'altro, anche alle concessioni per la realizzazione di opere pubbliche. In conseguenza dell'inserimento di una disciplina specifica per il subappalto nelle concessioni il comma 20 dell'articolo 105 non fa più riferimento all'applicabilità di tale articolo alle concessioni.

Si prevede che gli **operatori economici indicano in sede di offerta le parti** del contratto di concessione **che intendono subappaltare** a terzi. La normativa italiana, infatti, ha scelto di tradurre in obbligo la disciplina dell'articolo 42 della direttiva n. 23, che prevede un recepimento facoltativo.

Il paragrafo 2 di tale articolo prevede, infatti, che nei documenti di gara, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore possono chiedere o possono essere obbligati da uno Stato membro a chiedere all'offerente o al candidato di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti della concessione che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

La norma, in attuazione della delega, provvede a individuare espressamente i casi in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una **terna di nominativi** di subappaltatori. Tale obbligo riguarda gli operatori economici, che non siano microimprese, piccole e medie imprese e le concessioni sopra soglia, nei seguenti casi:

- concessione per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione;
- concessione per i quali risulti possibile reperire sul mercato la terna da indicare.

In attuazione del criterio di delega, si prevede l'**obbligo**, a carico dell'offerente, **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.

Anche in tale caso, la normativa europea lascia liberi gli Stati membri di introdurre un obbligo.

In analogia con quanto stabilito dalle disposizioni in materia di subappalto di cui all'art. 105, il comma 5 prevede la **responsabilità solidale del concessionario con il subappaltatore** in relazioni agli obblighi retributivi e contributivi nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice.

Il comma 7 prevede, qualora la natura del contratto lo consenta, l'**obbligo** per la stazione appaltante di **procedere al pagamento diretto dei subappaltatori**:

- sempre, in caso di microimprese e piccole imprese;
- in caso inadempimento da parte dell'appaltatore o in caso di richiesta del subappaltatore, per le altre imprese.

Si fa presente che l'articolo 42 della direttiva n. 23, a differenza di quanto prevede l'articolo 71 della direttiva n. 24 per gli appalti nei settori ordinari, non fa riferimento al pagamento diretto dei subappaltatori.

L'**articolo 175** disciplina la **modifica dei contratti in corso di validità** che, sulla scorta di quanto accade per gli appalti pubblici, elenca i casi in cui è possibile modificare le concessioni senza una nuova procedura di aggiudicazione e le fattispecie in cui la modifica è considerata "sostanziale" determinando, pertanto, la necessità di una nuova aggiudicazione.

Rispetto all'articolo 43 della direttiva n. 23, che la norma sostanzialmente riproduce, l'articolo 175 prevede un'ulteriore fattispecie in cui è possibile modificare le concessioni senza una nuova procedura di aggiudicazione nel caso in cui la stazione appaltante si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori (lettera e del comma 1). Si prevede, inoltre, che, in ogni caso, le modifiche non possono prevedere la proroga della durata delle concessioni (lettera a del comma 1).

L'**articolo 176** disciplina i casi di **risoluzione del contratto di concessione** elencando, ai commi da 1 a 3, le fattispecie in cui si procede all'annullamento d'ufficio, ai commi 4 e 5 i casi di risoluzione per inadempimento, nonché, al comma 6, subordinando l'efficacia della revoca della concessione al pagamento delle penali e degli indennizzi.

In particolare, il comma 1 prevede l'**annullamento d'ufficio** della concessione quando:

- il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'articolo 80;
- la stazione appaltante ha violato con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea come accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Le predette fattispecie riprendono in parte quanto prevede l'articolo 44 della direttiva n. 23. Rispetto al testo della direttiva, l'articolo 176 non contempla, tra le condizioni per la risoluzione del contratto, quella in cui la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione

Ai sensi dell'articolo 44 della direttiva, infatti, gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori abbiano la possibilità, alle condizioni fissate dal diritto nazionale applicabile, di porre termine alla concessione in vigenza della stessa, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione;
- il concessionario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una delle situazioni di esclusione dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di aggiudicazione medesima;
- la Corte di giustizia dell'Unione europea constata, in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, che uno Stato membro ha mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati per il fatto che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore appartenente allo Stato membro in questione ha aggiudicato la concessione in oggetto senza adempiere gli obblighi previsti dai trattati e dalla presente direttiva.

Rispetto alla normativa vigente, che prevede anche la revoca della concessione per motivi di pubblico interesse, il nuovo testo prevede la fattispecie dell'annullamento d'ufficio per i casi di cui al comma 1. Alla revoca fa invece riferimento il comma 6.

L'**annullamento d'ufficio** rimuove il provvedimento amministrativo illegittimo. Secondo la giurisprudenza consolidata, recepita nella legge 241/1990, i presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, che ha **effetti ex tunc**, sono l'illegittimità originaria del provvedimento della legge 241/1990, l'interesse pubblico concreto e attuale alla sua rimozione, diverso dal mero ripristino della legalità e l'assenza di posizioni consolidate in capo ai destinatari. Il potere di annullamento in via di autotutela è, *ex art. 21-octies*, esercitabile nei casi "classici" di provvedimento illegittimo per violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza, ai sensi dell'articolo 21-*octies*, comma 1, della legge 241/1990.

Riguardo alla **revoca**, si ricorda che in base all'art. 21-*quinquies* della legge 241/1990, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il **provvedimento amministrativo ad efficacia durevole** può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti (quindi, **con effetti ex nunc**). Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Inoltre, ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

La norma, inoltre, prevede che alle predette fattispecie non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-*nonies* della legge n. 241/1990.

Tale disposizione, al comma 1, prevede che il provvedimento amministrativo illegittimo, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

I commi 4 e 5, che riguardano le penali e gli indennizzi in caso di **risoluzione della concessione per inadempimento della stazione appaltante**, nonché la destinazione di tali somme riprendono invece il contenuto dell'articolo 158 del d.lgs. 163/2006, come modificato dall'art. 41, comma 2, del D.L. n. 1/2012, che viene abrogato dall'articolo 217 dello schema.

L'articolo 158 prevede, al comma 1, che, qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario:

- a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;
- b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;
- c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario.

Affidamenti dei contratti pubblici relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro (art. 177)

L'**articolo 177**, in attuazione del criterio di delega di cui alla lettera iii), al comma 1 **obbliga** i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, di **affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti** di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro **mediante procedura ad evidenza pubblica**, stabilendo che la **restante parte** possa essere realizzata da società **in house** per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

Si osserva che la norma non provvede a specificare quali siano le procedure ad evidenza pubblica di tipo semplificato tramite le quali possono essere individuati gli operatori.

Relativamente all'ambito soggettivo di applicazione della disposizione che fa riferimento a soggetti pubblici e privati, merita segnalare che la normativa europea e nazionale distingue tra i concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e tra i concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici.

Le nuove direttive non riproducono le disposizioni delle precedenti direttive relativamente agli appalti di lavori aggiudicati dai concessionari.

Per quanto riguarda le norme sull'esecuzione dei contratti, il paragrafo 2 dell'articolo 47 della direttiva 2014/23 prevede che, nei documenti di gara, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore possono chiedere o possono essere obbligati da uno Stato membro a chiedere all'offerente o al candidato di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti della concessione che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti (si vedano anche il par. 2 dell'articolo 71 della direttiva n. 24 e nel par. 2 dell'articolo 88 della direttiva n. 25).

Gli appalti di lavori affidati dai concessionari nel d.lgs. 163/2006 e nella normativa vigente

Nel caso di appalti di lavori affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, l'art. 148 prevede che il concessionario sia tenuto a rispettare le disposizioni dettate dal Codice medesimo in relazione ai lavori che sono eseguiti da terzi (art. 62 della direttiva 18).

Nel caso di appalti di lavori affidati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, l'art. 149 del Codice reca invece le disposizioni in materia di pubblicità applicabili agli appalti aggiudicati a terzi (art. 63 della direttiva 18). L'art. 146 del Codice dei contratti, che riprende il disposto dell'articolo 60 della direttiva n. 2004/18/UE, prevede, infatti, la possibilità a carico della stazione appaltante di: a) imporre al concessionario di lavori pubblici di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione. Si ricorda, inoltre, che in base alla norma transitoria di cui al comma 25 dell'art. 253 del Codice i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva, sono tenuti ad affidare a terzi una percentuale minima del 60 per cento dei lavori, agendo, esclusivamente per detta quota, a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici. Ai sensi dell'art. 51, comma 2, del D.L. 1/2012, come modificato dall'art. 4, comma 1, lett. b), del D.L. 83/2012, la citata soglia del 60% (elevata dal 40% al 50% dall'articolo 51, comma 1, del D.L. 1/2012 e dal 50% al 60% dall'articolo 4, comma 1, lettera a, del D.L. 83/2012), è operativa a decorrere dal 1° gennaio 2014.

L'articolo 5 del D.L. 133 del 2014, che viene abrogato dall'articolo 217 dello schema, che ha dettato una nuova disciplina per le modifiche dei rapporti concessori in essere finalizzate a procedure di aggiornamento o revisione anche mediante l'unificazione di tratte interconnesse, contigue ovvero tra loro complementari, ai fini della loro gestione unitaria, prevede, al comma 3, che l'affidamento dei lavori, nonché delle forniture e dei servizi, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle vigenti convenzioni, avviene nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica disciplinate dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Sono **escluse** dall'ambito di applicazione della norma, sulla scorta di quanto prevede la delega, le **concessioni** affidate con la formula della **finanza di progetto** ovvero con **procedure di gara ad evidenza pubblica** secondo il diritto dell'Unione europea.

In attuazione di quanto prevede la delega inoltre si prevede:

- l'introduzione di **clausole sociali** per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità;

- un **periodo transitorio di adeguamento** non superiore a ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del Codice per le concessioni già in essere.

Ai sensi del comma 3, la **verifica** del rispetto delle predette previsioni è affidata all'ANAC, secondo le modalità e con la cadenza indicate dall'ANAC stessa in apposite **linee guida**. La norma dispone, inoltre, che eventuali situazioni di mancato rispetto del limite indicato devono essere riequilibrate entro il termine individuato dai soggetti preposti.

Si osserva che andrebbe valutata l'opportunità di prevedere un termine per l'emanazione delle predette linee guida e di chiarire il riferimento ai "soggetti preposti".

Concessioni autostradali (art. 178)

L'**articolo 178** detta norme per l'affidamento delle concessioni autostradali in attuazione delle **lettere III) e mmm) della delega** che prevedono rispettivamente:

- l'avvio delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle nuove concessioni autostradali non meno di ventiquattro mesi prima della scadenza di quelle in essere, con revisione del sistema delle concessioni autostradali, con particolare riferimento all'introduzione di un divieto di clausole e disposizioni di proroga, in conformità alla nuova disciplina generale dei contratti di concessione;
- la previsione di una particolare disciplina transitoria per l'affidamento delle concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del decreto di recepimento delle direttive, siano scadute o prossime alla scadenza, onde assicurare il massimo rispetto del principio dell'evidenza pubblica.

Nel seguente schema sono riportate le norme di cui ai commi 1 e 3 per l'affidamento delle concessioni a seconda che si tratta di concessioni scadute o in scadenza nei ventiquattro mesi successivi all'entrata in vigore del Codice o antecedentemente.

Concessioni scadute alla data di **Bando di gara**, secondo le regole di evidenza pubblica, **entro sei mesi** dalla predetta data

Concessioni in scadenza nei 24 mesi successivi all'entrata in vigore del codice Il concedente **avvia la procedura** per l'individuazione del concessionario subentrante, mediante gara ad evidenza pubblica secondo la nuova disciplina.

Concessioni in scadenza prima dei 24 mesi successivi all'entrata in vigore del codice La procedura di **gara** viene indetta **nel più breve tempo possibile**.

Nel caso delle concessioni scadute, nelle more del perfezionamento della procedura, si prevede che il **concessionario uscente non matura il diritto di riequilibrio del piano economico-finanziario** e il riconoscimento delle condizioni preesistenti. Tale previsione si applica anche nel caso in cui, qualora la procedura di gara non si concluda entro il termine di scadenza della concessione, il concessionario uscente resti obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al trasferimento della gestione.

Il comma 5, inoltre, prevede lo **svolgimento di tutte le verifiche necessarie** a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura da parte del concedente, almeno un anno prima della data di scadenza della concessione, in contraddittorio con il concessionario. Nell'ambito di tali verifiche, sono ordinati, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assunti convenzionalmente.

Per le opere assentite che il concessionario ha già eseguito e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione, il concessionario uscente ha diritto ad un **indennizzo** da parte del subentrante.

Partenariato pubblico-privato (articoli 179-191)

La disciplina dei contratti di partenariato pubblico privato (PPP), che comprendono prestazioni di lavori o servizi con finanziamenti totali o parziali a carico dei soggetti privati, è stata oggetto di numerose modifiche nella precedente e nell'attuale legislatura volte a stimolare il ricorso a capitali privati. Il decreto legislativo 163/2006 contiene una definizione di contratti di PPP e disciplina talune fattispecie contrattuali le cui norme vengono richiamate in corrispondenza di quello dello schema in commento. Per le modifiche adottate nella precedente legislatura si rinvia al [dossier di inizio legislatura](#). Per le norme della presente legislatura, si rinvia al relativo [paragrafo](#) del tema web contratti pubblici.

La legge delega n. 11 del 2016 si occupa dei contratti di PPP in due criteri di seguito elencati, che prevedono:

- la razionalizzazione e l'estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti (lettera ss);
- la previa indicazione dell'amministrazione competente, le modalità e le tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione (lettera tt).

Disciplina applicabile, affidamento e finanziamento (artt. 179-182)

L'**articolo 179** richiama le **disposizioni applicabili** alle procedure di affidamento dei contratti di partenariato pubblico privato, disciplinati negli articoli da 180 a 191 e ricompresi nella parte quarta dello schema. Vengono richiamate come norme applicabili quelle della Parte I (Principi comuni), della medesima parte quarta in cui sono ricompresi gli articoli e delle parti V e VI rispettivamente concernenti le infrastrutture prioritarie, nonché il contenzioso, la *governance* e le disposizioni transitorie. Vengono altresì richiamate le norme del titolo II della parte II (Contratti di appalto per lavori, servizi e forniture), che però contengono solo gli articoli 35 e 36 concernenti la fissazione delle soglie di rilevanza europea e i contratti sotto soglia.

Relativamente alla disciplina applicabile ai contratti di partenariato pubblico privato andrebbero verificati i richiami alla parte II dello schema, al fine di valutare se inserire ulteriori riferimenti alle disposizioni ivi contenute.

Una definizione del contratto di partenariato pubblico privato è riportata sia nella lettera eee) dell'articolo 3 sia nel comma 1 dell'articolo 180. La definizione di contratto di PPP sembra avere una portata innovativa rispetto alla normativa vigente laddove provvede a esplicitare talune caratteristiche del contratto di PPP sotto il profilo del riconoscimento dei corrispettivi e dell'allocazione dei rischi.

Il seguente schema riporta i contenuti dell'articolo 3, comma 15-ter, del d.lgs. 163 del 2006 e la citata lettera eee) per un raffronto con la normativa vigente.

**Art. 3, co. 15-ter,
d.lgs. 163 del 2006**

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 indirizzi comunitari vigenti.

Art. 3, lett. eee)

Contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'**esecuzione di lavori, servizi o disponibilità** di beni immobili ad uno o più operatori economici **riconoscendo** a titolo di corrispettivo per l'investimento e per la gestione dei lavori oggetto del contratto, **un canone o altra utilità** correlati alla disponibilità dell'opera o alla prestazione dei servizi, con **assunzione di rischio**, secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore.

La definizione di cui alla lettera eee) deve essere integrata con le previsioni di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 180, che riguardano:

- l'**affidamento** di 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), a cui può aggiungersi **anche la progettazione** di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi. Rispetto alla definizione di cui alla lettera eee), viene pertanto esplicitato l'oggetto delle prestazioni, a cui può aggiungersi anche la progettazione, e si fa riferimento a un "complesso di attività", il che sembra implicare un affidamento congiunto delle diverse prestazioni. Nella normativa vigente invece l'oggetto del contratto può ricomprendere una o più prestazioni tra quelle di progettazione, costruzione, gestione o manutenzione, ovvero di fornitura di un servizio.

Andrebbe valutato se rendere più omogenee le due definizioni di "contratti di partenariato pubblico privato", riportate nella citata lettera eee) e nel comma 1 dell'articolo 180, specie in relazione all'oggetto delle prestazioni dei contratti medesimi.

- l'esplicito **riconoscimento di un canone e/o di qualsiasi altra forma di contropartita** economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna;
- l'esplicitazione del **trasferimento** del rischio in capo all'operatore economico, che comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del **rischio di costruzione**, anche del **rischio di disponibilità** o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera;

Rilevano nella configurazione del contratto di PPP le definizioni delle lettere aaa) e bbb), concernenti il "rischio di costruzione" e il "rischio disponibilità", non esplicitate nella normativa europea e non presenti nella normativa vigente.

Si prevede, inoltre, la riduzione proporzionale ovvero l'annullamento del canone nei periodi di ridotta o nulla disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. (comma 4)

Ulteriori disposizioni, che provvedono a definire le caratteristiche del contratto di PPP, sono contenute nei commi 6 e 7 e riprendono la disciplina delle concessioni con riguardo all'equilibrio economico-finanziario, quale presupposto per la corretta allocazione dei rischi, e alla necessità del finanziamento ai fini della sottoscrizione del contratto.

Il comma 8 provvede a identificare, infine, le tipologie di contratti che rientrano nell'ambito del PPP facendovi rientrare la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti. La normativa vigente, invece, all'articolo 3, comma 15-ter, del d.lgs. 163 del 2006, prevede che rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste, il contratto di disponibilità, nonché l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi.

L'articolo 181 prevede che la scelta dell'operatore economico nei contratti di PPP avviene con **procedure ad evidenza pubblica**, anche mediante dialogo competitivo, e che, fatta eccezione per i casi di affidamento aventi ad oggetto anche l'attività di progettazione, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo **a base di gara il progetto definitivo** e uno schema di contratto e di piano economico finanziario che disciplino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico.

L'**articolo 182** include tra gli altri strumenti di finanziamento del contratto la finanza di progetto e il conferimento di *asset* patrimoniali pubblici e privati. Si demanda al contratto la definizione dei rischi trasferiti all'operatore economico.

Si osserva che andrebbe valutata l'opportunità di chiarire la disposizione tenuto conto anche del fatto che la finanza di progetto è uno dei contratti inclusi tra le fattispecie di PPP.

Il comma 3 riguarda la **revisione del contratto** per fatti non riconducibili all'operatore economico, che incidono sull' equilibrio del piano economico finanziario, e il coinvolgimento del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS) ai fini della corretta allocazione dei rischi.

Finanza di progetto (art. 183)

L'**articolo 183** disciplina l'affidamento in **finanza di progetto (*project financing*)**, che consente di affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.

Si ricorda che in Italia, la prima disciplina di operazioni di *project financing* per la realizzazione di opere pubbliche è stata dettata dall'art. 11 della L. 415/1998 (cd. Merloni-ter), che ha introdotto gli artt. da *37-bis* al *37-nonies* nella L. 109/1994. Con successivi interventi il legislatore ha, da un lato, ampliato la portata dell'istituto, dall'altro, modificato le disposizioni relative all'iter procedurale con l'obiettivo di semplificarne lo svolgimento e di incentivare la presentazione di proposte da parte di promotori privati. Ulteriori interventi sono stati anche motivati dalla necessità di superamento di contenziosi a livello europeo.

L'articolo 183 riprende in parte il contenuto dell'articolo 153 del d.lgs. 163/2006 in cui è attualmente disciplinato l'affidamento in finanza di progetto.

Rispetto alla normativa vigente si prevedono solo due procedure concorsuali. L'affidamento in finanza di progetto, nella normativa vigente, invece, si articola di fatto in quattro procedure: procedura a gara unica (commi 1-14) o a doppia gara (comma 15) su iniziativa delle amministrazioni aggiudicatrici; procedura a iniziativa privata a seconda che si tratti di opere contenute nell'elenco annuale delle opere pubbliche (commi 16-18) o di opere non presenti nella programmazione triennale dei lavori pubblici ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente (comma 19). Le procedure a doppia gara e quella su iniziativa per opere contenute nell'elenco annuale delle opere pubbliche sono soppresse.

Procedura su iniziativa delle amministrazioni aggiudicatrici per lavori inclusi nella programmazione (commi 1-14)

Si tratta della procedura in cui le amministrazioni aggiudicatrici possono **affidare una concessione** ponendo a base di **gara il progetto di fattibilità** (nella normativa vigente si parla di studio di fattibilità), mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di

risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti. Tale procedura riguarda la realizzazione di **lavori pubblici** o di lavori di pubblica utilità **inseriti negli strumenti di programmazione** formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

Si tratta in sostanza della cosiddetta procedura "a gara unica", che disciplina i commi 1-14 dell'articolo 153 del medesimo decreto n. 163, per distinguerla dalla procedura a doppia gara di cui al comma 15 del medesimo articolo 153, che viene soppressa. Rispetto alla normativa vigente si prevede che:

- per le infrastrutture afferenti le **opere in linea**, le relative proposte siano ricomprese negli **strumenti di programmazione** approvati dal **Ministero delle infrastrutture e dei trasporti** (comma 1);
- il ricorso a tale procedura sia consentito **in alternativa all'affidamento mediante concessione in house** ai sensi degli articoli 192 e 193 (nella parte V, titolo II); nella disposizione vigente, invece, la procedura è consentita in alternativa alla concessione di lavori pubblici di cui all'articolo 143 del d.lgs. 163/2006 (comma 1);
- la stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del **progetto definitivo**. Più in generale, i riferimenti al progetto preliminare contenuti nella norma sono sostituiti da quelli al progetto definitivo (comma 11).

Procedura su iniziativa privata per lavori non inclusi nella programmazione (commi 15-20)

Si tratta della procedura in cui gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

Si tratta in sostanza della procedura che disciplina i commi 19-22 dell'articolo 153 del medesimo decreto n. 163. Rispetto alla normativa vigente:

- si prevede che la proposta contiene un progetto **di fattibilità** (scompare in questa e in altre parti del testo il riferimento al progetto preliminare);
- si specifica che possono presentare le proposte anche i soggetti **con i requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici anche per servizi di progettazione**.

Nel testo vigente si fa riferimento alle società di ingegneria di cui all'articolo 90, comma 2, del d.lgs. 163/2006.

Società di progetto (art. 184)

L'**articolo 184**, che reca un contenuto identico all'articolo 156 del d.lgs. 163/2006, consente all'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione, di costituire una **società di progetto** in forma di società per azioni o a responsabilità limitata,

anche consortile (*special purpose vehicle*), che consente di separare i rapporti giuridici conseguenti ad un progetto rispetto all'attività ordinaria dei soggetti coinvolti. La norma si applica nei casi di affidamento: di una concessione di costruzione e gestione di una infrastruttura, della sola gestione di infrastrutture esistenti ; di un nuovo servizio di pubblica utilità.

Emissione di obbligazioni e di titoli di debito da parte della società di progetto (art. 185)

L'**articolo 185**, che reca un contenuto identico all'articolo 157 del d.lgs. 163/2006, consente alle società di progetto (di cui al precedente articolo 184) e alle società titolari di un contratto di PPP di emettere, oltre alle obbligazioni, anche altri titoli di debito aventi scopo di realizzare una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, anche in deroga ai limiti previsti dal Codice civile in tema di limiti quantitativi all'emissione di obbligazioni (***project bond***).

L'articolo 13, comma 3, del decreto legge n. 133 del 2014 ha, da ultimo, modificato la normativa riguardante tali strumenti relativamente al sistema delle garanzie prestate e al regime fiscale rendendo, tra l'altro, permanente l'applicazione dell'aliquota agevolata al 12,5 per cento sugli interessi delle obbligazioni di progetto emesse per finanziare gli investimenti in infrastrutture o nei servizi di pubblica utilità.

Privilegio sui crediti (art. 186)

L'**articolo 186**, che reca un contenuto identico a quello dell'articolo 160 del d.lgs. 163 del 2006, prevede che i **crediti dei soggetti che finanziano** o rifinanziano, a qualsiasi titolo, anche tramite la sottoscrizione di obbligazioni e titoli similari, la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno **privilegio generale sui beni mobili**, ivi inclusi i crediti, del concessionario e delle società di progetto che siano concessionarie o affidatarie di contratto di partenariato pubblico privato o contraenti generali. Si tratta di una disposizione che ha la finalità di incentivare i potenziali soggetti finanziatori, considerato che il privilegio costituisce una causa di prelazione che la legge accorda in considerazione della causa del credito.

Si osserva che il testo vigente fa riferimento alla norma che disciplina il contraente generale (articolo 176 del d.lgs. 163/2006), laddove lo schema invece cita l'articolo 175, comma 1, lettera d), che reca la disciplina della modifica dei contratti di concessione. Andrebbe, pertanto, verificata la correttezza di tale riferimento.

Locazione finanziaria (art. 187)

L'**articolo 187** reca la disciplina della **locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità** (cd. *leasing* immobiliare pubblico). La norma riprende il contenuto dell'articolo 160-bis del d.lgs. 152 del 2006: l'unica differenza sostanziale riguarda la messa a gara, da parte della stazione

appaltante, di almeno un progetto di fattibilità, mentre nella norma vigente si fa invece riferimento al progetto preliminare. Viene confermato il ruolo del contraente generale, quale offerente, a differenza della normativa vigente viene soppressa la parte della disposizione che consente a tale soggetto di partecipare agli affidamenti di locazioni finanziarie per lavori che non siano infrastrutture strategiche attesa la nuova disciplina del contraente generale e delle infrastrutture ed insediamenti prioritari (alla cui sezione di commento si rinvia).

Contratto di disponibilità (art. 188)

L'**articolo 188**, che reca un contenuto identico a quello dell'articolo 160-*ter* del d.lgs. 163 del 2006, disciplina il **contratto di disponibilità**, che è stato introdotto dall'articolo 44 del decreto legge n. 1 del 2012, che viene abrogato dall'articolo 217 dello schema. Si ricorda che, in tale fattispecie contrattuale, sono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo (secondo la definizione di cui alla lettera hhh) dell'articolo 3, che riprende quella vigente). Per «messa a disposizione» la norma intende l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione la costante fruibilità dell'opera, che viene remunerato attraverso corrispettivi previsti dalla norma e che vanno dal riconoscimento di un canone di disponibilità, di un contributo in corso d'opera, sino alla corresponsione di un prezzo di trasferimento. In base alla modifica introdotta con l'articolo 4-*bis* del decreto legge n. 83 del 2012, anch'esso abrogato dall'articolo 217, il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Salvo diversa determinazione contrattuale (e fermo restando quanto previsto dal comma 5, del medesimo articolo 160-*ter*, che consente all'affidatario di introdurre varianti progettuali) i rischi sulla costruzione e sulla gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore.

Subentro (art. 189)

L'**articolo 189**, che riprende i contenuti dell'articolo 159 del d.lgs. 163 del 2006, disciplina l'ipotesi di **subentro nella concessione**, in sostituzione del concessionario, di un operatore economico designato dagli enti finanziatori del progetto in alternativa alla risoluzione del rapporto concessorio per cause imputabili al soggetto concessionario.

Cessione di immobili in caso di opere (art. 191)

L'**articolo 191** disciplina il **trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili** appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, che non assolvono più a funzioni di pubblico interesse, **a titolo di corrispettivo** totale o parziale. Si tratta di una possibilità già prevista dalla normativa vigente e attualmente contenuta nei commi 6 e 7 dell'articolo 53 del d.lgs. 163/2006. A differenza di tale disciplina si consente che il trasferimento della proprietà dell'immobile e la conseguente immissione in possesso dello stesso avvengano in un momento anteriore a quello dell'ultimazione dei lavori, previa presentazione di idonea polizza fideiussoria per un valore pari al valore dell'immobile medesimo.

Il citato comma 7 dell'articolo 53 prevede, infatti, che il bando di gara può prevedere che l'immissione in possesso dell'immobile avvenga in un momento anteriore a quello del trasferimento della proprietà, trasferimento che può essere disposto solo dopo l'approvazione del certificato di collaudo.

Baratto amministrativo (art. 190)

L'**articolo 190** reca disposizioni in materia di **baratto amministrativo e sussidiarietà orizzontale**, riprendendo parzialmente il contenuto di alcune norme vigenti.

In particolare viene disciplinato il cd. **baratto amministrativo o partenariato sociale**, in base al quale i cittadini **possono realizzare interventi di valorizzazione del territorio** urbano od extraurbano, in cambio di riduzioni o esenzioni di tributi locali.

Si consente poi ai **comuni di affidare in gestione ai cittadini la manutenzione di aree** riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale.

Viene infine prevista la realizzazione di **opere di interesse locale su proposte operative dei cittadini**.

Il comma 1 riprende, ancorché con formulazione diversa, il comma 1 dell'articolo 24 del D.L. n. 133 del 2014.

Non risultano abrogate le disposizioni dell'articolo 24 del D.L. n. 133 del 2014, che reca la vigente disciplina in tema di baratto amministrativo. Appare pertanto opportuno un intervento di coordinamento con la disciplina vigente.

Il comma 2 riprende il comma 4 dell'articolo 4 della legge 14 gennaio 2013, n. 10; i commi 3, 4, 5, 6, 7, riprendono il contenuto dell'articolo 23 del decreto legge n. 185 del 2008 e dell'articolo 4 della legge n. 10 del 2013. Tali norme sono abrogate dall'articolo 217 dello schema in esame, alla cui scheda di lettura si rinvia.

In sintesi, **il comma 1** (relativo al **baratto amministrativo**) consente agli **enti territoriali di definire con delibera** i criteri e le condizioni per la realizzazione di

contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti di cittadini, purché individuati in base a un preciso ambito territoriale.

Il contratto ha ad oggetto la **realizzazione da parte di cittadini, singoli o associati, di interventi sul territorio** quali la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade.

A tal fine, l'ente locale può deliberare la concessione di una **riduzione ovvero di un'esenzione di tributi locali inerenti alle attività** poste in essere dai predetti soggetti, corrispondenti al tipo di attività svolta dai soggetti coinvolti, ovvero comunque utili alla comunità di riferimento, in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini (**comma 1**).

Si ricorda che l'articolo 24 del D.L. n. 133 attribuiva tale facoltà ai soli comuni con lo scopo, in genere, di valorizzare una limitata zona del territorio urbano o extraurbano. L'esenzione dei tributi comunali era prevista per un periodo limitato e definito, per specifici tributi e per attività individuate dai comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere. Le agevolazioni erano prioritariamente attribuite a comunità di cittadini costituite in forme associative stabili e giuridicamente riconosciute.

Il **comma 2** consente ai **comuni di affidare la manutenzione** delle aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere – salvi gli immobili ad uso scolastico e sportivo -, con diritto di **prelazione, ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni** e su cui insistono i suddetti beni o aree, nel rispetto dei principi di **non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento**.

I **commi da 3 a 6** disciplinano la realizzazione di **opere di interesse locale su proposte operative dei cittadini**.

In sintesi, ai sensi del **comma 3**, per la realizzazione di opere di interesse locale **gruppi di cittadini organizzati** possono formulare all'ente locale competente per territorio **proposte operative** di pronta realizzabilità, indicandone i costi ed i mezzi di finanziamento e **senza oneri per l'ente medesimo**.

L'ente locale provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati, fornendo prescrizioni ed assistenza. Gli enti locali possono predisporre apposito regolamento per disciplinare le attività ed i processi di cui al presente comma.

Decorsi due mesi dalla presentazione della proposta (**comma 4**), nel silenzio dell'amministrazione essa si intende respinta. Nel caso di approvazione (nel medesimo termine) può altresì disciplinare le fasi essenziali del procedimento di realizzazione e i tempi di esecuzione.

Ove riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale, si prevede il rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle disposizioni di legge vigenti, con applicazione della relativa disciplina speciale (codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42).

Nel caso di realizzazione delle opere, esse (**comma 5**) sono **acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile** dell'ente competente.

Con il **comma 6** si esclude che la realizzazione di dette opere dia luogo ad oneri fiscali ed amministrativi a carico del gruppo attuatore, fatta eccezione per l'imposta sul valore aggiunto. Per quanto concerne le **spese per la formulazione delle proposte** e la **realizzazione delle opere**, si dispone che esse siano detraibili dall'IRPEF dei proponenti nella misura del **36 per cento**, "*nel rispetto dei limiti di ammontare e delle modalità di cui all'articolo 1 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 e relativi provvedimenti di attuazione*".

Si rammenta che il richiamato articolo 1 della legge n. 449 del 1997 è la norma che ha introdotto nell'ordinamento la **detrazione fiscale per gli interventi di recupero del patrimonio edilizio**; detta misura è stata successivamente modificata e prorogata e, infine, resa permanente dal D.L. n. 201 del 2011 (art. 4, comma 1, lett. **c**) che ha inserito nel D.P.R. n. 917 del 1986 (TUIR) l'articolo 16-*bis* il quale prevede, in via ordinaria, una agevolazione in misura pari al 36 per cento.

Si ricorda tuttavia che, a seguito della proroga operata dalla **legge di stabilità 2016** (articolo 1, comma 74, lettera *c*) della legge n. 208 del 2015) per le spese documentate, relative agli **interventi di recupero del patrimonio edilizio** (indicati nel comma 1 dell'articolo 16-*bis* del TUIR), spetta una detrazione dall'imposta lorda - fino ad un ammontare complessivo non superiore a 96.000 euro per unità immobiliare - pari al **50 per cento**, per le spese sostenute dal 26 giugno 2012 al **31 dicembre 2016**. La legge di stabilità ha prorogato di un anno la misura della detrazione al 50 per cento prevista dall'articolo 16 D.L. n. 63 del 2013

Appare dunque opportuno coordinare le disposizioni in esame, ed eventualmente anche il riferimento normativo ivi contenuto alla legge n. 449 del 1997, alle modifiche intervenute successivamente in tema di detrazioni IRPEF per il patrimonio edilizio ed all'attuale disciplina dell'agevolazione medesima.

Le norme prevedono infine che, "successivamente", ne sia prevista la detrazione dai tributi propri dell'ente competente.

In merito si osserva che l'uso del solo termine "successivamente" non consente di individuare gli esatti riferimenti temporali, oltre che i requisiti soggettivi ed oggettivi, di tale agevolazione.

Il **comma 7** fa salva la potestà legislativa esclusiva delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano.

Affidamenti *in house* (articoli 192-193)

L'**articolo 192** - al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici - istituisce, presso l'ANAC, un **elenco delle stazioni appaltanti** che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. L'iscrizione al predetto elenco, nelle modalità e secondo i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto, consente di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale, fermo restando l'obbligo di pubblicazione, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo.

Relativamente alla norma in commento, viene in rilievo la **lettera eee) della legge delega**, in base alla quale si deve prevedere la garanzia di adeguati livelli di **pubblicità** e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti *in house*, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la **valutazione sulla congruità economica** delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, e prevedendo l'istituzione, a 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. Il criterio di cui alla lettera eee) prevede, inoltre, che l'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti e che la domanda di iscrizione consente all'ente aggiudicatore, sotto la propria responsabilità, di conferire all'ente con affidamento *in house*, o soggetto al controllo singolo o congiunto o al collegamento, appalti o concessioni mediante affidamento diretto.

Il comma 2 prevede che, ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti debbano effettuare preventivamente la **valutazione sulla congruità economica dell'offerta** dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Il riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio richiama l'art. 3-bis, comma 1-bis, terzo e quarto periodo, del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2012 (il citato comma 1-bis è stato inserito nell'art. 3-bis dall'art. 34 del decreto-legge n. 179 del 2012 e successivamente modificato dall'art. 1, comma 609, della legge n. 190 del 2014), dove si dispone che la relazione che supporta l'affidamento del servizio dia conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento

prescelta e che siano motivate "le ragioni (dell'affidamento) con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio".

Su tale normativa interverrà la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, in attuazione della legge 124/2015 in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Il comma 3 dispone che, sul profilo del committente, nella sezione Amministrazione trasparente, siano pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato *open-data*, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162.

Si osserva che il comma in esame rinvia erroneamente all'art. 167 anziché all'art. 162, relativo ai contratti secretati.

L'articolo 193 prevede la stipula di un accordo di programma tra soggetti pubblici e, ove opportuno, **la costituzione di una società pubblica di progetto** senza scopo di lucro, allorché il progetto preveda, ai fini della migliore utilizzazione dell'infrastruttura e dei beni connessi, l'attività coordinata di più soggetti pubblici.

Il contenuto dell'articolo riprende quello dell'articolo 172 del decreto legislativo n. 163 del 2006, il cui comma 1 disciplina la costituzione della società pubblica di progetto nell'ambito della disciplina delle infrastrutture strategiche. Rispetto alla normativa vigente viene meno l'approvazione del progetto da parte del Cipe.

Andrebbe verificato il riferimento al "progetto preliminare" in considerazione del nuovo assetto dei livelli della progettazione, che prevede l'approvazione di un progetto di fattibilità in luogo del progetto preliminare.

Tale società, che può avere anche carattere consortile, è partecipata dai soggetti aggiudicatori e dagli altri soggetti pubblici interessati. Alla società pubblica di progetto sono attribuite le competenze necessarie alla realizzazione dell'opera e delle opere strumentali o connesse, nonché alla espropriazione delle aree interessate e all'utilizzazione delle stesse e delle altre fonti di autofinanziamento indotte dall'infrastruttura. Essa realizza l'intervento in nome proprio e per conto dei propri soci e mandanti (comma 1).

Alla società pubblica di progetto possono partecipare le camere di commercio, industria e artigianato e le fondazioni bancarie (comma 3).

La società pubblica di progetto è istituita allo scopo di garantire il coordinamento tra i soggetti pubblici, volto a promuovere la realizzazione ed eventualmente la gestione dell'infrastruttura, nonché la partecipazione al finanziamento; la società è organismo di diritto pubblico e soggetto aggiudicatore (comma 4).

Gli enti pubblici interessati alla realizzazione di un'infrastruttura possono partecipare, tramite accordo di programma, al finanziamento della stessa (secondo le modalità specificate al comma 6), anche attraverso la cessione al soggetto aggiudicatore ovvero alla società pubblica di progetto di beni immobili di proprietà o allo scopo espropriati con risorse finanziarie proprie (comma 5). La realizzazione di infrastrutture costituisce settore ammesso, verso il quale le fondazioni bancarie possono destinare il reddito, nei modi e nelle forme previste dalle norme in vigore (comma 7).

I soggetti privati interessati alla realizzazione di un'infrastruttura possono contribuire alla stessa attraverso la cessione di immobili di loro proprietà o impegnandosi a contribuire alla spesa, a mezzo di apposito accordo procedimentale (comma 8).

Contraente generale (artt. 194-199)

Gli **articoli da 194 a 199** dello schema disciplinano l'istituto del contraente generale (*general contractor*): si tratta di un contratto con il quale il soggetto aggiudicatore affida ad un soggetto dotato di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara a fronte di un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori (art. 194, comma 1).

Si ricorda che nella definizione europea di "appalti pubblici di lavori", ora contenuta nell'articolo 2, paragrafo 1), numero 6), lettera c), della direttiva n. 24 rientra la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice, che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera. Tale definizione è riprodotta nel numero 3) della lettera II) del comma 1 dell'articolo 3.

L'istituto del contraente generale è stato previsto dall'articolo 1, comma 2, lettera f), della legge n. 443 del 2001 (cd. "legge obiettivo"), che reca una definizione successivamente confluita nel d.lgs. 190/2002 e ora nell'articolo 162, comma 1, lettera g), del d.lgs. 163/2006 tra le definizioni rilevanti per le infrastrutture strategiche.

Come precisato nella definizione vigente di cui all'articolo 162, comma 1, lettera g), che non viene riprodotta nel provvedimento in esame, il contraente generale si differenzia dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione dalla gestione dell'opera eseguita.

Il contraente generale si differenzia, altresì, dall'appalto per talune caratteristiche confermate dalla nuova disciplina:

- l'anticipazione, nella misura determinata dal bando, del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera dell'opera, in tutto o in parte con mezzi finanziari privati (art. 194, comma 12);
- la possibilità di eseguire i lavori affidati direttamente, nei limiti della qualificazione posseduta, ovvero mediante affidamento a soggetti terzi (art. 194, comma 7);

Il comma 7 vigente fa rinvio alle norme regolamentari in relazione all'esecuzione nei limiti della qualificazione posseduta.

- la possibilità di provvedere all'acquisizione, su delega, delle aree di sedime (art. 194, comma 2, lett. b);
- la natura prevalente di obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lega detta figura al soggetto aggiudicatore laddove, al comma 4 dell'articolo 194, si prevede che il contraente generale risponde nei confronti del soggetto aggiudicatore della corretta e tempestiva esecuzione dell'opera e, al comma 10 del medesimo articolo, i soggetti componenti il contraente generale restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti del soggetto aggiudicatore per la buona esecuzione del contratto.

L'operatività dell'istituto del contraente generale, nella normativa vigente, è prevista nell'ambito della disciplina sulla realizzazione delle infrastrutture strategiche, disciplina che viene abrogata dal presente schema e sostituita con la disciplina sulle infrastrutture e sugli insediamenti produttivi di cui agli articoli 200-203 (alla cui scheda si rinvia), e di quella della locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità di cui all'articolo 160-bis del d.lgs. 163/2006.

Il nuovo codice prevede che all'affidamento unitario a contraente generale si possa far ricorso sia nella realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari (articolo 200, comma 2, lettera b), sia nella locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità di cui all'articolo 187.

Affidamento (art. 194)

L'**articolo 194** disciplina le modalità di affidamento a contraente generale riprendendo in parte le disposizioni dell'articolo 176 del d.lgs. 163 del 2006.

Rispetto alla normativa vigente, il **contraente generale non provvede più alla direzione dei lavori**. Ai sensi della lettera c) del comma 3, infatti, si prevede che il **soggetto aggiudicatore nomina il direttore dei lavori e i collaudatori** e assicura un costante monitoraggio dei lavori anche tramite un comitato permanente costituito da suoi rappresentanti e rappresentanti del contraente generale (comma 3, lettera c).

Si ricorda che la lettera l) della delega vieta, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l'attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori allo stesso contraente generale o soggetto collegato. Il comma 9 della medesima delega dispone tale divieto a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge e prevede che il medesimo divieto si applica anche alle procedure di appalto già bandite alla data di entrata in vigore della delega, incluse quelle già espletate per le quali la stazione appaltante non abbia ancora proceduto alla stipulazione del contratto con il soggetto aggiudicatario.

Non si fa più riferimento al CIPE né per l'approvazione del progetto definitivo, sulla scorta di quanto prevede la nuova disciplina sulle infrastrutture prioritarie, né per la definizione degli accordi in materia di sicurezza e repressione della criminalità. E', infatti, il **soggetto aggiudicatore**, che provvede alle **attività necessarie all'approvazione del progetto definitivo**, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara (comma 3, lettera a). Nella normativa vigente è il contraente generale a provvedere allo sviluppo del progetto definitivo e alle attività tecnico-amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatore per pervenire all'approvazione dello stesso da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara.

Anche i riferimenti al progetto preliminare vengono espunti dalla nuova disposizione.

Ai fini delle norme applicabili, andrebbe verificato il richiamo, in più parti del testo, al solo titolo I della parte II, che contiene gli articoli 35 e 36 concernenti rispettivamente la fissazione delle soglie e i contratti sotto soglia, e alla parte III,

che disciplina le concessioni. Quanto al comma 5, andrebbe altresì verificato il riferimento agli articoli 64 e 108, che riguardano rispettivamente il dialogo competitivo e la risoluzione del contratto.

Il comma 4 vigente fa riferimento alle norme della parte II, che costituiscono attuazione della direttiva 2004/18, o alle norme della parte III, che riguardano i contratti nei settori speciali. Il comma 5 vigente prevede che alle varianti del progetto affidate a contraente generale non si applichino gli articoli 56, 57, sulle procedure negoziate con o senza bando, e 132 sulle varianti in corso d'opera.

Il comma 7, come già anticipato, disciplina l'affidamento a terzi dei lavori del contraente generale. Tale disposizione conferma quanto già prevede il corrispondente comma 7 dell'articolo 176 dell'attuale Codice a proposito della possibilità che i terzi affidatari possano subaffidare i lavori nei limiti e alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici: a tali subaffidamenti si applica l'articolo 105. Si prevede, inoltre, che il soggetto aggiudicatore richiede al contraente generale di individuare e indicare, in sede di offerta, le imprese esecutrici di una quota non inferiore al trenta per cento degli eventuali lavori che il contraente generale prevede di eseguire mediante affidamento a terzi.

Il comma 11, riproducendo la norma vigente, prevede che il contratto stabilisce le modalità per la eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti del contratto, il buon adempimento degli obblighi del contraente generale, sino a che l'opera sia realizzata e collaudata.

Relativamente alla cessione dei crediti, l'ultimo periodo del comma 11 prevede che il soggetto aggiudicatore non può opporsi alla cessione di crediti effettuata dal contraente generale nell'ipotesi di cui al comma 14, che regola le modalità di stipula della cessione e il contenuto dell'atto notificato, mentre nella normativa vigente si fa rinvio alle ipotesi di cui all'articolo 117 del d.lgs. 163/2006, che estende le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, recante la disciplina della cessione dei crediti di impresa, ai crediti verso le stazioni appaltanti derivanti da contratti di servizi, forniture e lavori.

Resta confermata la previsione della costituzione di una **società di progetto** nel caso di più soggetti (comma 10, che fa rinvio all'articolo 184).

Sotto il profilo delle garanzie, il comma 18 prevede che il contraente generale presta, una volta istituita, la garanzia extracosti di cui all'articolo 104, che deve comprendere la possibilità per il garante, in caso di fallimento o inadempienza del contraente generale, di far subentrare nel rapporto altro soggetto idoneo in possesso dei requisiti di contraente generale, scelto con le modalità di cui al medesimo articolo 104. Il riferimento alla garanzia di cui all'articolo 104 sembra coerente con il nuovo assetto delle garanzie ridefinito nel presente schema, considerato che la normativa vigente prevede invece la garanzia globale di esecuzione che viene soppressa nel presente schema. Il comma 17, invece, sulla scorta della norma vigente, regola le norme applicabili per gli affidamenti

per i quali non sia prestata la garanzia extracosti e vi siano crediti riconosciuti definitivi ai sensi del comma 15: in tal caso, si prevede, tra l'altro, che la garanzia di buon adempimento non è soggetta alle riduzioni progressive di cui all'articolo 103.

Procedure di aggiudicazione (art. 195)

L'**articolo 195** disciplina le procedura di aggiudicazione degli affidamenti a contraente generale. La norma contiene una serie di innovazioni sostanziali rispetto alla disciplina di cui all'articolo 177 del d.lgs. 163/2006 tra le quali si segnalano:

- il ricorso alla **scelta** di aggiudicare mediante affidamento al contraente generale deve essere **motivata** dalla stazione appaltante in ragione della complessità e di altre esigenze al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed economicità (comma 1);
- per l'affidamento a contraente generale si pone a **base di gara il progetto definitivo** (comma 2).

Nella norma vigente, invece, si pone a base di gara anche il progetto preliminare.

- l'aggiudicazione dei contratti avviene secondo il criterio **dell'offerta economicamente più vantaggiosa** (comma 4);

Nella norma vigente si fa riferimento anche al prezzo più basso.

Resta ferma la possibilità per i soggetti aggiudicatori, analogamente a quanto prevede il comma 3 dell'articolo 177 vigente, di stabilire e indicare nel bando di gara, in relazione all'importanza e alla complessità delle opere da realizzare, il numero minimo e massimo di concorrenti che verranno invitati a presentare offerta.

Il comma 1 dell'articolo 177 prevede che l'aggiudicazione degli affidamenti a contraente generale avviene mediante procedura ristretta.

Al comma 5, che disciplina le norme applicabili ai settori speciali, andrebbe verificato il richiamo alla parte III, che regola le concessioni.

La norma vigente prevede che, per i soggetti aggiudicatori operanti nei settori, si applicano, per quanto non previsto nell'articolo 177 del d.lgs. 163/2006, le norme della parte III del medesimo decreto, che reca proprio la disciplina per tali settori.

Collaudo (art. 196)

L'**articolo 196** prevede che il **collaudo** delle infrastrutture avviene con le modalità e nei termini previsti dall'articolo 102 (al cui commento si rinvia). Rispetto all'articolo 178 del d.lgs. 163/2006 si specifica che gli **oneri** relativi sono a **carico dei fondi** a disposizione **del soggetto aggiudicatore** per la realizzazione delle predette infrastrutture.

Analogamente a quanto prevede il comma 2 dell'articolo 178 del d.lgs. 163/2006, le modalità e i limiti di tali oneri sono stabiliti con un decreto del

Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze di cui non viene riportato un termine per l'adozione.

Qualificazione (artt. 197 e 199)

L'**articolo 197** prevede che l'**attestazione del possesso dei requisiti** del contraente generale **avviene con** le modalità di cui all'articolo 84, che disciplina **il sistema unico di qualificazione degli esecutori** dei lavori pubblici, (al cui commento si rinvia), ossia tramite le società organismi di attestazione (SOA). La disciplina vigente prevede, invece l'istituzione di uno speciale sistema di qualificazione dei contraenti generali (all'articolo 186 del d.lgs. 163/2006).

Viene confermata dal comma 2 il sistema di qualificazione per **classifiche**. A differenza della normativa vigente, sono **determinate dall' ANAC**.

L'articolo 186, comma 3, dell'attuale Codice elenca le seguenti classifiche di qualificazione:

- a) I: sino a 350 milioni di euro;
- b) II: sino a 700 milioni di euro;
- c) III: oltre 700 milioni di euro.

Ai sensi del comma 4, l'importo della classifica III, ai fini del rispetto dei requisiti di qualificazione, è convenzionalmente stabilito pari a 900 milioni di euro.

La norma non specifica la tipologia di provvedimento con il quale tali classifiche verranno adottate, né la tempistica per la loro emanazione.

Il comma 4 prevede che costituiscono **requisiti per la partecipazione** alle procedure di aggiudicazione da parte dei contraenti generali oltre il possesso dei requisiti di cui all'articolo 80, in assenza dei quali i partecipanti sono esclusi dalle procedure, ulteriori requisiti di un'adeguata capacità economica e finanziaria, di un'adeguata idoneità tecnica e organizzativa, nonché di un adeguato organico tecnico e dirigenziale. Tali ulteriori requisiti possono essere determinati con **linee guida a carattere vincolante** adottate dall'ANAC, *di cui non vengono indicati i tempi per l'adozione.*

I requisiti di ordine generale e speciale sono attualmente disciplinati dagli articoli 188 e 189 del d.lgs. 163/2006.

L'**articolo 199** prevede che l'attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali è rilasciata secondo quanto previsto dall'articolo 197 ed è definita nell'ambito del sistema unico di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici. In considerazione del fatto che l'articolo 192 del d.lgs. 163/2006 prevede che l'attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali è rilasciata dal Ministero delle infrastrutture, il comma 3 dispone che le **attestazioni del possesso dei requisiti rilasciate dal Ministero** delle infrastrutture e dei trasporti sono **valide sino alla scadenza naturale**.

Partecipazione alla gara (art. 198)

L'**articolo 198** disciplina le norme di **partecipazione alla gara** del contraente generale. I contenuti di tale articolo riproducono rispettivamente i commi 1, 7 e 9 dell'articolo 191 del d.lgs. 163/2006, riguardanti rispettivamente le informazioni che i soggetti aggiudicatori possono richiedere per le singole gare, il divieto di partecipazione alle gare da parte di taluni soggetti, nonché la partecipazione delle imprese associate o consorziate.

L'articolo 191 dell'attuale Codice reca ulteriori disposizioni che non sembrano riprodotte nel presente schema concernenti, tra l'altro, il riferimento, al comma 4, della quota minima del trenta per cento di imprese affidatarie che devono essere indicate in sede di offerta, ai fini del comma 7 dell'articolo 176.

Infrastrutture e insediamenti prioritari (artt. 200-203)

Gli articoli da 200 a 203 recano la disciplina delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese.

Si ricorda che la lettera sss) della legge delega prevede l'espresso superamento delle disposizioni di cui alla legge n. 443 del 2001 (cd. "legge obiettivo"), con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto di riordino.

La disciplina dei lavori relativi alle infrastrutture strategiche è, attualmente, contenuta negli articoli 161-181 inclusi nel Capo IV del Titolo III della parte II del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

L'**articolo 217** dello schema, oltre ad abrogare il decreto legislativo n. 163, abroga i commi da 1 a 5 della legge n. 443 del 2001 recanti le norme di delega in materia di infrastrutture strategiche, che hanno portato all'adozione del d.lgs. 190/2002 il cui contenuto è successivamente confluito nel citato decreto n. 163, nonché concernenti la programmazione e la progettazione delle infrastrutture medesime.

La programmazione – Il piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL)

L'**articolo 200**, comma 1, prevede che le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese sono valutati e conseguentemente inseriti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti negli appositi strumenti di pianificazione e programmazione di seguito specificati.

La nuova disciplina delle infrastrutture prioritarie individua due strumenti per la pianificazione e la programmazione: il piano generale dei trasporti e della logistica e i documenti pluriennali di pianificazione.

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 201, il piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL), che contiene le **linee strategiche delle politiche della mobilità delle persone e delle merci** nonché dello sviluppo infrastrutturale del Paese, è **adottato ogni tre anni**, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del CIPE, acquisito il parere della Conferenza unificata e sentite le Commissioni parlamentari competenti. Si fa presente che la lettera sss) della delega prevede l'aggiornamento e la revisione del piano generale dei trasporti e della logistica, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001.

Il Piano Generale dei Trasporti e della Logistica, approvato con D.P.R. 14 marzo 2001 ed elaborato dall'allora Ministero dei Trasporti e della Navigazione, aveva lo scopo di effettuare una prima analisi sul sistema dei trasporti italiano e di proporre soluzioni ai problemi identificati e ritenuti prioritari. La legge 21 dicembre 2001, n. 443 ha poi stabilito all'articolo 1, comma 1, che il Programma Infrastrutture strategiche dovesse tener conto del piano generale dei trasporti ma che l'inserimento nel Programma di infrastrutture strategiche non comprese nel Piano generale dei trasporti ne costituisse un'automatica

integrazione. La delibera CIPE n. 1/2001 ha quindi impegnato i Ministri interessati a predisporre piani settoriali o documenti attuativi del P.G.T.L. di pari livello, da sottoporre all'approvazione del CIPE.

La Legge 1° agosto 2002, n. 166 (collegato infrastrutture), all'articolo 1, ha autorizzato la spesa per finanziare attività di studio e consulenza per l'aggiornamento del Piano generale dei trasporti, nonché per consentire l'accesso a privati alle banche dati del Sistema informativo per il monitoraggio e la pianificazione dei trasporti (SIMPT).

Successivamente, come strumenti di programmazione nel settore dei trasporti, sono stati elaborati alcuni piani settoriali:

- il Piano della Logistica, del gennaio 2006, elaborato dalla Consulta generale per l'autotrasporto e la logistica a seguito della sottoscrizione il 1° luglio 2005, in sede governativa, del Patto della Logistica e approvato dal CIPE con Deliberazione n. 44/2006 del 22 marzo 2006;
- il Piano generale per la mobilità (ottobre 2007), anche per tenere conto sia del mutato contesto europeo, con l'evoluzione della politica comunitaria delle Reti Transeuropee verso l'est Europa e verso l'area euromediterranea, che del progressivo aggravarsi del problema interno del trasporto pubblico locale;
- il Piano nazionale della logistica 2011-2020, approvato dalla Consulta generale per l'autotrasporto e la logistica nel dicembre 2010 e aggiornato il 26 luglio 2012, dopo il confronto con gli operatori, i territori e le audizioni parlamentari (la Consulta è stata successivamente soppressa e le sue funzioni sono state riassorbite dal MIT).

Il decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. "Sblocca Italia") ha previsto (art. 29) la redazione di un Piano strategico nazionale della Portualità e della Logistica (PSNPL), che costituisce uno dei piani di settore che andranno a confluire in un documento programmatico più ampio, plurisettoriale e plurimodale: il Documento di Programmazione Pluriennale che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti intende redigere ed approvare entro la fine del 2015, secondo il disposto dell'art. 2 del decreto legislativo n. 228/2011, per includere e rendere coerenti tutti i piani e i programmi d'investimento per opere pubbliche di competenza del Ministero.

La programmazione – I documenti pluriennali di pianificazione (DPP)

L'altro strumento di programmazione, previsto dalla lettera b) del comma 1 dell'articolo 201, è il documento pluriennale di pianificazione. I commi 1, 3, 4 e 5 rispettivamente disciplinano i contenuti e i procedimenti di adozione del DPP.

Il documento, secondo quanto prevede la normativa vigente richiamata al comma 3, **include e rende coerenti tutti i piani e i programmi d'investimento per opere pubbliche di propria competenza.**

Tale documento è stato disciplinato dall'articolo 2 del d.lgs. 29 dicembre 2011, n. 228, che ha attuato l'articolo 30, comma 9, lettere a), b), c) e d) della legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di valutazione degli investimenti relativi ad opere pubbliche. Ai sensi del comma 1 di tale disposizione, al fine di migliorare la qualità della programmazione e ottimizzare il riparto delle risorse di bilancio, ogni Ministero, nel rispetto delle procedure di valutazione d'impatto ambientale previste dalla normativa europea, predispose un Documento pluriennale di pianificazione.

Si segnala che nell'[aggiornamento del Programma delle infrastrutture strategiche \(PIS\), allegato al DEF 2015](#), si prospetta la definizione entro settembre 2015 di un unico documento pluriennale di pianificazione (PPP), che dovrebbe includere e rendere

coerenti la pianificazione e la programmazione degli investimenti delle opere pubbliche. Su tale documento è stata avviata la [procedura di valutazione ambientale strategica \(VAS\)](#). In proposito, si segnala che la lettera sss) della delega prevede, tra l'altro, l'applicazione delle procedure di valutazione ambientale strategica e di valutazione di impatto ambientale di cui alla parte seconda del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 nell'ambito del superamento della legge n. 443 del 2001.

Un [aggiornamento](#) del documento allegato al DEF 2015 è stato presentato nel Consiglio dei ministri del 13 novembre 2015.

Il Documento Pluriennale di Pianificazione (DPP), di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, oltre a quanto stabilito dal comma 2 dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 228 del 2011, contiene **l'elenco degli interventi relativi al settore dei trasporti e della logistica** la cui progettazione di fattibilità è valutata meritevole di finanziamento, da realizzarsi in coerenza con il piano generale dei trasporti e della logistica (comma 3).

Il procedimento per l'adozione del DPP prevede che:

- **le Regioni**, le Province autonome, le Città Metropolitane e gli altri enti competenti **trasmettono al Ministero** delle infrastrutture e dei trasporti delle **proposte di interventi** relativi al settore dei trasporti e della logistica di preminente interesse nazionale ai fini dell'inserimento nel documento (comma 5);

Tali proposte comprendono il progetto di fattibilità, redatto secondo modelli definiti dal medesimo Ministero e corredate dalla documentazione indicata dalle linee guida di cui all' articolo 8 del decreto legislativo n.228 del 2011.

- il **Ministero** verifica la fondatezza della valutazione ex ante dell'intervento effettuata dal soggetto proponente, la coerenza complessiva dell'intervento proposto e la sua funzionalità rispetto al raggiungimento degli obiettivi indicati nel PGTL e procede al suo inserimento nel DPP, definendone la priorità;
- il documento (sulla base delle procedure di cui al comma 5 dell'articolo 2 del citato decreto legislativo n. 228) è **trasmesso al CIPE** (comma 4);

In particolare, si prevede che, entro il 31 ottobre dell'anno precedente il triennio di riferimento, il documento è trasmesso al CIPE e viene iscritto all'ordine del giorno della prima seduta utile del Comitato, previa positiva conclusione dell'istruttoria da parte del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di cui viene data comunicazione all'amministrazione proponente. Qualora la relativa deliberazione non intervenga entro la seconda seduta utile del CIPE dalla positiva conclusione dell'istruttoria, i Ministri competenti possono provvedere all'approvazione del Documento, recependo eventuali osservazioni istruttorie, con proprio decreto motivato.

- il documento è, inoltre, adottato **sentita la Conferenza unificata**. Tale previsione è specificata al comma 4 considerato che la normativa vigente precitata non prevede tale coinvolgimento.

Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 443 del 2001, l'individuazione è operata, a mezzo di un programma predisposto dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con i Ministri competenti e le regioni o province autonome

interessate, nonché l'ente Roma capitale ove interessato, e inserito, previo parere del CIPE e previa intesa della Conferenza unificata, nel Documento di economia e finanza, con l'indicazione dei relativi stanziamenti.

Si fa presente, altresì, che, nell'ambito del programma predetto, ai sensi del comma 1 dell'articolo 161 del d.lgs. 163/2006, sono, altresì, individuate, con intese generali quadro tra il Governo e ogni singola regione o provincia autonoma, le opere per le quali l'interesse regionale è concorrente con il preminente interesse nazionale.

Si segnala, inoltre, che sulla base del nuovo riparto di competenze costituzionali delineato a seguito della riforma costituzionale la materia delle infrastrutture strategiche e delle grandi reti di trasporto di interesse nazionale è assegnata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (A.C. 2613).

Le ulteriori disposizioni dell'articolo 201 recano ulteriori criteri volti a stabilire i tempi e le modalità l'adozione del primo DPP, nonché a regime l'inserimento e la revisione degli interventi nel DPP.

Ai sensi del comma 7, il **primo DPP** deve essere approvato **entro un anno dall'entrata in vigore del presente codice** (quindi nel 2017). Il comma 8 precisa che resta ferma la possibilità di inserire nuove opere anche nel primo DPP, ove sia già stato approvato anche il PGTL. Secondo quanto indicato nella norma, il primo documento contiene anche le indicazioni circa lo stato del procedimento di ciascuna opera inserita, con conseguente salvaguardia dei termini e degli adempimenti già effettuati.

Si osserva che andrebbe valutata l'opportunità di chiarire la portata della disposizione tenuto conto anche di quanto si prevede relativamente all'inserimento nel primo DPP degli interventi per i quali vi sono obbligazioni giuridiche vincolanti.

Fino all'approvazione del primo DPP, valgono come programmazione degli investimenti in materia di trasporti i piani, comunque denominati, in relazione ai quali sussiste un impegno assunto con i competenti organi dell'Unione europea

Anche in tal caso andrebbe valutata l'opportunità di chiarire la portata della disposizione ed esplicitare il riferimento a detti piani.

Si prevede infatti che, **in sede di redazione di ogni nuovo DPP**, si procede alla **revisione degli interventi** inseriti nel DPP precedente. Al riguardo, il Ministro delle infrastrutture valuta la permanenza dell'interesse pubblico alla realizzazione degli interventi- anche attraverso una valutazione di fattibilità economico finanziaria - tenendo conto delle opere per le quali non sia stata avviata la realizzazione, con riferimento ad una parte significativa, ovvero per le quali il costo dell'intervento in progettazione esecutiva superi nella misura superiore al 20 per cento il costo evidenziato nel progetto di fattibilità (comma 10).

E' sempre possibile intervenire sulla programmazione delle opere nel DPP **attraverso nuovi inserimenti o la fuoriuscita di interventi in essere**

nell'ambito della procedura di adozione precedentemente delineata anche al di fuori della tempistica di approvazione periodica del DPP (che prevede la trasmissione al CIPE entro il 31 ottobre dell'anno precedente il triennio di riferimento, v. *supra*). Tale possibilità è consentita ove **fattori eccezionali o comunque imprevedibili** o non preventivati al momento della redazione del DPP lo rendano necessario (comma 10).

Il comma 6 prevede che il Ministero predisponga una dettagliata **relazione annuale sullo stato di avanzamento degli interventi inclusi nel DPP**; che è **allegata al Documento di economia e finanza**. A tal fine, l'ente aggiudicatore, nei trenta giorni successivi all'approvazione del progetto definitivo, trasmette al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti una scheda di sintesi contenente tutte le caratteristiche del progetto, nonché tutte le eventuali variazioni intervenute rispetto al progetto di fattibilità. Tale relazione dovrebbe sostituire la predisposizione dell'aggiornamento del Programma delle infrastrutture strategiche, che è allegata al DEF su cui le competenti commissioni parlamentari esprimono il parere.

La realizzazione

L'articolo 200, comma 2, prevede che la **realizzazione** delle opere e delle infrastrutture prioritarie è **oggetto** di:

- a) **concessione di costruzione e gestione**;
- b) affidamento unitario a **contraente generale**;
- c) **finanza di progetto**;
- d) **qualunque altra forma di affidamento**, prevista dalla nuova regolazione contenuta nel provvedimento in esame, **compatibile** con la tipologia dell'opera da realizzare.

Le prime due modalità di realizzazione sono attualmente previste per la realizzazione delle infrastrutture strategiche ai sensi dell'articolo 173 del d.lgs. 163/2006.

Nel prevedere tali modalità di realizzazione l'articolo 173 deroga alle previsioni di cui all'articolo 53, che regola tipologia e oggetto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

La normativa vigente ha, inoltre, previsto una disciplina specifica per la finanza di progetto nella realizzazione delle infrastrutture strategiche nell'articolo 175 del d.lgs. 163/2006, disciplina che non viene riprodotta nel nuovo Codice. Per tale ragione, la lettera c) fa genericamente rinvio alla finanza di progetto ora disciplinata nell'articolo 183.

Il finanziamento

Ai fini del finanziamento delle infrastrutture prioritarie, sono istituiti, nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti:

a) il **Fondo per la progettazione** di fattibilità delle infrastrutture prioritarie e la *project review* delle opere già finanziate;

b) il **Fondo da ripartire per la realizzazione** delle infrastrutture prioritarie.

Secondo quanto prevede la norma, l'istituzione di tali due fondi è coerente con quanto prevedono i commi 2 e 4 del decreto legislativo n. 229 del 2011, che istituiscono il Fondo opere e il Fondo progetti per ciascuna amministrazione.

Il comma 2 prevede, inoltre, che tra i due fondi possono essere disposte variazioni compensative con decreti del Ministro dell' economia e delle finanze, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

Il decreto legislativo n. 229 del 2011 , in attuazione delle lettere e), f) e g) del comma 9, dell'articolo 30, della medesima legge n. 196 del 2009 (legge di contabilità e finanza pubblica), disciplina procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, di verifica dell'utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti. Il comma 2 dello stesso articolo 10 dispone inoltre che, ai fini della gestione, per ciascuna Amministrazione, le risorse destinate, rispettivamente, alla progettazione ed alla realizzazione delle opere pubbliche sono unitariamente considerate come facenti parte di due fondi distinti, rispettivamente, denominati Fondo progetti e Fondo opere. Tra gli stessi con decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta del Ministro interessato, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, possono essere disposte variazioni compensative di bilancio. In base al comma 4 dell'articolo 10 del D.Lgs. 229 del 2011, l'opera pubblica, previa assegnazione del codice unico di progetto (CUP), è ammessa al finanziamento del Fondo progetti per la relativa quota a carico del bilancio dello Stato, a seguito dell'esito positivo della procedura di valutazione tecnico-economica degli studi di fattibilità di cui all'articolo 4, comma 1, della legge 17 maggio 1999, n. 144, (Misure in materia di investimenti, delega al Governo per il riordino degli incentivi all'occupazione e della normativa che disciplina l'INAIL, nonché disposizioni per il riordino degli enti previdenziali) ove prevista, ovvero dell'approvazione del progetto preliminare redatto ai sensi dell'articolo 93 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), ovvero dell'approvazione del progetto preliminare ai sensi dell'articolo 165 del medesimo decreto legislativo n. 163 del 2006;

Il comma 3 individua le **risorse finanziarie** che **confluiscono, in sede di prima applicazione, nei due citati Fondi**, ossia:

- le risorse disponibili del "**Fondo infrastrutture ferroviarie, stradali e relativo a opere di interesse strategico** nonché per gli interventi di cui all'articolo 6 della legge 29 novembre 1984, n. 798", di cui all'articolo 32, comma 1, del decreto legge n. 98 del 2011;
- le risorse disponibili del "**Fondo revoche**" di cui all'articolo 32, comma 6, del decreto legge n. 98 del 2011;
- le risorse disponibili del Fondo per consentire la continuità dei cantieri in corso ovvero il perfezionamento degli atti contrattuali finalizzati all'avvio dei lavori, di cui all'articolo 18, comma 1, del decreto legge n. 69 del 2013 (cd. **Fondo "sblocca cantieri"**);
- le risorse disponibili iscritte nel capitolo dello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti denominato "**Fondo da ripartire per la progettazione e la realizzazione delle opere strategiche** di

preminente interesse nazionale nonché per opere di captazione ed adduzione di risorse idriche". Si tratta del **capitolo 7060**.

Il comma 3 prevede, inoltre, che l'individuazione delle risorse assegnate ai fondi di cui al comma 1 è definita con uno o più decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Il comma 4 demanda a uno o più decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti la definizione delle modalità di ammissione al finanziamento della progettazione di fattibilità, nonché l'assegnazione delle risorse del Fondo per la progettazione ai diversi progetti, nonché le modalità di revoca.

Il comma 5 demanda, invece, a uno o più decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, l'assegnazione delle risorse del "Fondo da ripartire per la realizzazione delle infrastrutture prioritarie" ai diversi interventi e le relative modalità di revoca, nonché la definizione dei termini di definanziamento automatico delle opere finanziate e non avviate.

Il comma 7 dispone che le somme relative ai finanziamenti revocati iscritte in conto residui sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate, compatibilmente con gli equilibri di finanza pubblica, al "Fondo da ripartire per la realizzazione delle infrastrutture prioritarie".

Ai sensi del comma 8, le disposizioni di cui all'articolo 202 non si applicano ai residui perenti.

La riprogrammazione

I criteri per la riprogrammazione e la riallocazione sono definiti al comma 3 dell'articolo 200 e al comma 6 dell'articolo 202.

Ai fini della prima individuazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari, l'articolo 200, comma 3, prevede:

- 1) lo svolgimento di una **ricognizione** di tutti gli **interventi** già **compresi negli strumenti di pianificazione e programmazione**, comunque denominati, **vigenti** alla data di entrata in vigore del presente codice. Tale ricognizione spetta al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che si avvale anche della Struttura tecnica di missione di cui all'articolo 214;

Si ricorda che l'ultimo documento di programmazione, che reca l'aggiornamento del Programma delle infrastrutture strategiche e che ha perfezionato il suo iter di approvazione è l'11° Allegato infrastrutture approvato con la delibera del CIPE 26/2014.

- 2) l'**inserimento**, a valle della ricognizione, di taluni interventi nel **primo DPP, che sostituisce tutti i precedenti**.

In attuazione di quanto prevede la lettera sss) della legge delega la norma precisa che **la ricognizione deve**, in ogni caso, **comprendere** gli interventi per i

quali vi sono **obbligazioni giuridiche vincolanti**. Per "obbligazioni giuridiche vincolanti" si intendono gli interventi in relazione ai quali sia già intervenuta l'approvazione del **contratto** all'esito della procedura di affidamento della realizzazione dell'opera.

Ai fini della riallocazione delle risorse, si demanda a uno o più decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sulla base dei criteri individuati nel DPP, nonché per effetto delle attività di *project review*, l'**individuazione dei finanziamenti da revocare** i cui stanziamenti sono iscritti nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti destinati alle infrastrutture strategiche, ivi incluso il "Fondo da ripartire per la progettazione e la realizzazione delle opere strategiche di preminente interesse nazionale nonché per opere di captazione ed adduzione di risorse idriche" iscritto nel capitolo 7060 del Ministero delle infrastrutture. Si prevede, inoltre, che le quote annuali dei limiti di impegno e dei contributi revocati affluiscono al Fondo da ripartire per la realizzazione delle infrastrutture prioritarie

Il monitoraggio (art. 203)

L'**articolo 203**, comma 1, demanda a un decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, l'individuazione delle procedure per il monitoraggio delle infrastrutture ed insediamenti prioritari per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa. Nelle more dell'adozione di tale decreto, continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Ministero dell'interno 14 marzo 2003, recante l'istituzione del Comitato di coordinamento per l'Alta sorveglianza delle grandi opere, anche alle opere soggette a tale monitoraggio alla data di entrata; in vigore del presente codice.

Il comma 2 prevede, inoltre, l'applicazione delle modalità e delle procedure di monitoraggio finanziario di cui all'articolo 36 del decreto-legge n. 90 del 2014.

Tale articolo prevede che la disciplina del monitoraggio finanziario dei lavori relativi a infrastrutture strategiche venga attuata secondo le modalità e le procedure, anche informatiche, individuate dalla delibera CIPE n. 45 del 2011 e che venga aggiornata con una nuova deliberazione del CIPE. Con delibera 28 gennaio 2015, n. 15/2015, sono state adottate le linee guida per il monitoraggio finanziario delle grandi opere (MGO).

Le disposizioni sul contenzioso (artt. 204-211)

Le novità introdotte nel contenzioso degli appalti mirano a garantire l'efficacia e la celerità delle procedure di aggiudicazione e tempi certi nella esecuzione dei contratti.

In materia di **ricorsi giurisdizionali**, l'**art. 204** del nuovo Codice degli appalti novella l'art. 120 del Codice del processo amministrativo (D.Lgs. 104/2010) prevedendo:

- per determinate categorie di vizi degli atti delle procedure di affidamento un procedimento decisionale più rapido. Viene, infatti, introdotto un **rito speciale camerale presso il TAR** (solo ove la parti lo richiedano, il ricorso può essere definito in udienza pubblica) per i ricorsi sui vizi relativi alla *composizione della commissione di gara, all'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali*; tali vizi sono considerati immediatamente lesivi e sono ricorribili entro 30 giorni; l'omessa impugnazione di tali provvedimenti preclude la facoltà di far valere l'illegittimità nei successivi atti della procedura di gara anche con ricorso incidentale. Per il procedimento in camera di consiglio sono dettate, a fini acceleratori, stringenti disposizioni inerenti ai termini per la produzione e deposito di documenti, memorie e repliche; solo per nuove esigenze istruttorie o per l'estensione del contraddittorio potrà essere disposta una nuova udienza camerale (entro 15 gg.); la sentenza va depositata entro soli 7 giorni dall'udienza (il termine attuale è 30 gg.). Sempre a fini di celerità, la sentenza di appello che rigetta il ricorso potrà richiamare le argomentazioni del giudice di primo grado;

Si osserva che il principio di delega (lett. bbb) del comma 1 dell'art. 1 della legge 11/2016) non prevede espressamente l'applicazione di tale rito ai contenziosi sui vizi della composizione della commissione di gara.

- una nuova disposizione secondo cui, nella **decisione in sede cautelare** in materia di procedure di affidamento (e relativi provvedimenti dell'ANAC), **il TAR deve motivare** sulla sussistenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione dell'appalto (*lett. aaa) del comma 1 dell'art. 1 della legge delega*);
- se i motivi di ricorso sullo stesso atto sono identici, la possibilità di presentare un **ricorso cumulativo** quando siano presentate offerte per più lotti.

Sono poi previsti **rimedi alternativi** alla tutela giurisdizionale presso il TAR quali:

- **l'estensione dell'accordo bonario (art. 205 e 206)** - attualmente previsto dall'art. 240 del Codice per i soli lavori pubblici - anche in relazione ai contratti di **fornitura di beni e servizi**; l'art. 205 rende possibile il ricorso a tale rimedio alternativo ai lavori pubblici relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi (attualmente esclusi). Sempre per i lavori pubblici, ai fini del ricorso

all'accordo bonario, la variazione dell'importo dell'opera potrà essere **tra il 5 e il 15%** (attualmente è previsto un minimo del 10%); da tale accordo sono **esclusi** dall'art. 205 i contratti di rilevanza comunitaria. **La procedura viene semplificata**, con l'eliminazione in capo al RUP (responsabile unico del procedimento) del ricorso obbligatorio alla Commissione prevista dall'attuale art. 240, comma 5, del Codice (per appalti pari o oltre 10 mln) per la formulazione della proposta di accordo (che ha natura di transazione); si prevede, a tal fine, un **ricorso, solo eventuale, ad un esperto** scelto da una lista di 5 soggetti proposti dalla Camera arbitrale su richiesta del RUP (in mancanza di richiesta di nomina, la proposta di accordo bonario, con indicazione della somma riconosciuta, è formulata dal RUP stesso); la **conclusione del procedimento** è fissata **in 45 gg** (attualmente non vi è un termine).

- l'utilizzo dello stesso accordo bonario anche in relazione ai contratti di fornitura di beni di natura continuativa o periodica, e di servizi, quando insorgano controversie in fase esecutiva degli stessi, circa la corretta valutazione dell'esattezza della prestazione pattuita (**art. 206**);
- la nuova previsione di un **collegio consultivo tecnico (art. 207)** da costituire, con l'accordo delle parti, prima dell'avvio dell'esecuzione del contratto: il collegio ha funzioni sia di prevenzione delle controversie che di assistenza per una loro rapida risoluzione mediante una proposta di accordo; la proposta redatta dal collegio non è vincolante ma, in caso di accettazione, ha natura giuridica di transazione.

Per le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, l'**art. 208** dello schema di decreto prevede, diversamente dal vigente art. 239 del Codice, la **residualità del ricorso alla transazione** civilistica (art. 1965 e ss.) **rispetto ad altri metodi alternativi**. Per gli appalti di lavori pubblici viene raddoppiato (da 100.000 a 200.000 euro) il limite dell'importo concesso (o rinunciato) in sede di transazione oltre il quale va richiesto il parere dell'Avvocatura dello Stato (o del legale interno all'amministrazione subcentrale).

Gli articoli 209 e 210 disciplinano l'**arbitrato** e la Camera arbitrale, in attuazione del principio di delega di cui alla lettera *aaa*).

In particolare, la delega riguarda la disciplina del 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».

Rispetto alla disciplina vigente, contenuta nell'art. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006, l'**art. 209** introduce le seguenti **novità**:

- per poter deferire ad arbitri la controversia su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti non è più necessaria la previa autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione;
- si può ricorrere all'arbitrato anche per le controversie relative a concessioni e appalti pubblici in cui sia parte una società a partecipazione pubblica o una società controllata nonché in tutte le ipotesi in cui la controversia abbia a oggetto **opere finanziate con risorse pubbliche**;
- il collegio arbitrale deve essere nominato dalla **Camera arbitrale** istituita presso l'ANAC (v. infra, art. 210), che provvede anche a designarne il **Presidente**, scegliendolo tra un elenco tenuto dalla stessa Camera. Ogni violazione delle disposizioni relative alla nomina del collegio determina la nullità del lodo. Ai fini della nomina, ogni atto deve essere trasmesso alla Camera arbitrale, che comunicherà alle parti le modalità e l'entità del **deposito in acconto del corrispettivo arbitrale** e nominerà, se necessario, il **segretario** scegliendolo tra personale ANAC;
- per quanto riguarda l'arbitro scelto dalla parte pubblica, la riforma prevede che debba trattarsi obbligatoriamente di un **dirigente pubblico** se la controversia è tra due pubbliche amministrazioni e che debba trattarsi *preferibilmente* di un dirigente pubblico se la controversia è tra una p.a. e una parte privata. Se l'amministrazione non intende designare come arbitro un dirigente pubblico, deve attingere dall'elenco tenuto dalla Camera arbitrale. Le pubbliche amministrazioni dovranno procedere alla nomina degli arbitri rispettando principi di pubblicità e di rotazione;
- sono ampliate le categorie di **soggetti che non possono svolgere la funzione** di arbitro. In particolare, sono aggiunti tra i soggetti **esclusi i magistrati** (di ogni ordine e grado, anche a riposo), gli avvocati dello Stato (anche a riposo) e i componenti delle commissioni tributarie. Non possono svolgere la funzione neanche coloro che nell'ultimo triennio siano già stati nominati arbitri o hanno partecipato ad altro titolo ad arbitrati, nonché coloro che a qualsiasi titolo hanno partecipato alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato;
- la **sede del collegio** arbitrale può essere scelta dalle parti; in mancanza, la sede è quella della camera arbitrale;
- ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile; i termini assegnati dagli arbitri sono da intendersi come perentori;
- quanto al **lodo**, può essere depositato anche con modalità telematiche;
- il **compenso degli arbitri** – nonché il compenso dei consulenti tecnici - è determinato dalla Camera arbitrale, nel rispetto dei limiti individuati da un decreto del Ministero delle infrastrutture (sono eliminate le tariffe); per i dirigenti pubblici si applica il tetto al trattamento economico onnicomprensivo previsto dal D.L. n. 201 del 2011. Il compenso deve essere versato dalle parti entro 30 giorni dal deposito del lodo.

L'**art. 210** dello schema di decreto legislativo è relativo alla **Camera arbitrale**, attualmente disciplinata dall'art. 242 dell'attuale Codice degli appalti.

La riforma istituisce la Camera arbitrale presso l'ANAC e si caratterizza per l'**esclusione dei magistrati** (di ogni ordine e grado, anche a riposo) dai soggetti che possono essere iscritti all'albo degli arbitri tenuto dalla Camera stessa. L'ANAC dovrà rendere disponibili sul proprio sito tutte le informazioni relative agli arbitrati in corso e definiti, con l'indicazione dei nominativi e dei compensi tanto di arbitri quanto di periti.

Infine, l'**art. 211**, rubricato "Pareri di **precontenzioso** dell'ANAC", prevede la possibilità per l'ANAC di pronunciarsi in sede consultiva su questioni che possano insorgere nello svolgimento delle procedure di gara. L'Autorità si attiva previa richiesta di parte e, in caso di accordo tra le parti, i suoi pareri motivati vincolano le parti a quanto stabilito (attualmente tale potere dell'autorità è previsto dall'art. 6 del Codice degli appalti).

Se l'Autorità accerta che **la procedura è viziata** e che il vizio determinerebbe l'annullabilità d'ufficio degli atti, invita la stazione appaltante ad agire in **autotutela** rimuovendo entro 60 giorni gli atti illegittimi. La raccomandazione dell'ANAC sospende la procedura per 60 giorni.

Se la stazione appaltante non si adegua alle indicazioni dell'ANAC, il **dirigente** è soggetto alla **sanzione amministrativa** pecuniaria tra 250 e 25.000 euro. La sanzione incide sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti (v. sopra, art. 36 dello schema).

Questa disposizione è riconducibile al principio di delega della lettera t), che vuole attribuiti all'ANAC «ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di **vigilanza nel settore degli appalti pubblici** e dei contratti di concessione, comprendenti anche **poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio**».

Governance (artt. 212-215)

La parte VI, Titolo II, dello schema di decreto (articoli 212-215) è dedicata alle norme in materia di *governance*.

Le direttive europee

Alla *governance* sono dedicati il Titolo IV (articoli 83 - 86) della [direttiva 2014/24/UE](#) ed il titolo IV (articoli 99 - 102) della [direttiva 2014/25/UE](#).

Pur non essendo incardinato in un capitolo organicamente dedicato alla materia, rileva anche a fini di *governance* l'articolo 45 della [direttiva 2014/23/UE](#).

L'art. 83 della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 99 della direttiva 2014/25/UE hanno contenuto analogo. Specificano preliminarmente che "gli Stati membri garantiscono il controllo dell'applicazione delle norme sugli appalti pubblici" (paragrafo 2). In quest'ottica, gli Stati membri stessi sono incaricati di individuare, e indicare alla Commissione europea, "uno o più organismi, autorità o strutture" che ne garantiscano in maniera effettiva un'attuazione corretta ed efficace (paragrafo 1). Se le autorità o le strutture di controllo individuano, di propria iniziativa o sulla base di informazioni pervenute, violazioni specifiche o problemi sistemici, hanno il potere di segnalarli ad autorità nazionali di controllo, organi giurisdizionali e altre autorità o strutture appropriate quali il Mediatore, i Parlamenti nazionali o le relative commissioni (paragrafo 2, comma 2). I risultati delle attività di controllo sono messi a disposizione del pubblico mediante strumenti appropriati di informazione, e resi disponibili anche alla Commissione. A tal fine, si prevede che entro il 18 aprile 2017, e successivamente ogni tre anni, gli Stati membri presentino alla Commissione una relazione di controllo. Questa conterrà informazioni sulle cause più frequenti di scorretta applicazione o di incertezza giuridica, compresi possibili problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, sul livello di partecipazione delle PMI agli appalti pubblici e sulla prevenzione, l'accertamento e l'adeguata segnalazione di casi di frode, corruzione, conflitto di interessi e altre irregolarità gravi in materia di appalti (paragrafo 3).

La Commissione può chiedere agli Stati membri, al massimo ogni tre anni, informazioni sull'attuazione pratica delle politiche strategiche nazionali in materia di appalti strategici, utilizzando le relative informazioni per pubblicare, a intervalli regolari, una relazione sull'attuazione delle politiche nazionali in materia di appalti e sulle relative migliori prassi nel mercato interno (par. 3, c. 3 e 5).

In materia di cooperazione amministrativa intervengono gli articoli 86 della direttiva 2014/24/UE e 102 della direttiva 2014/25/UE, di contenuto analogo. Stabiliscono che gli Stati membri si prestino assistenza reciproca e adottino provvedimenti per una efficace cooperazione, al fine di assicurare lo scambio di informazioni su talune materie.

La legge delega

Relativamente alla *governance* rilevano i due principi e criteri di delega di seguito elencati:

- lettera t), che prevede che all'[ANAC \(Autorità nazionale anticorruzione\)](#) siano attribuite più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di

sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione dello scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, compresi anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio. Si prevede anche l'attribuzione di funzioni di adozione di atti di indirizzo (linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile), anche dotati di efficacia vincolante. Viene, comunque, fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni ed atti innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa;

- lettera u), che rinvia al decreto legislativo da adottare l'individuazione dei casi in cui l'ANAC avrà l'obbligo immediato di riferire alle Camere sugli atti di indirizzo adottati.

Cabina di regia (art. 212)

L'**articolo 212** dello schema di decreto legislativo istituisce, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, una **Cabina di regia**, la quale costituirà la struttura nazionale di riferimento **per la cooperazione con la Commissione europea** per l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni, nonché per l'adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati membri (comma 4). In questa veste è incaricata di redigere, anche avvalendosi dell'ANAC, entro il 18 aprile 2017 e successivamente a scadenza triennale, una relazione da presentare alla Commissione europea, contenente dettagli sulle cause più frequenti di non corretta applicazione o di incertezza giuridica, sul livello di partecipazione agli appalti pubblici delle microimprese e delle piccole e medie imprese e sulla prevenzione, l'accertamento e l'adeguata segnalazione di casi di irregolarità gravi (comma 3).

La composizione ed il funzionamento di questo nuovo organo saranno stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro tre mesi dall'entrata in vigore dello schema in esame di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentite l'ANAC e la Conferenza unificata (comma 5).

Il comma 1 dettaglia i compiti della Cabina di regia come segue:

- 1) effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del codice sugli appalti e sulle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti nella fase di applicazione, anche al fine di proporre miglioramenti;
- 2) esaminare le proposte di modifica normativa;
- 3) promuovere la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto;
- 4) promuovere accordi, protocolli di intesa, convenzioni, anche con associazioni private per agevolare la "bancabilità" delle opere pubbliche, vale a dire la finanziabilità, da parte del settore bancario, di un progetto, in

relazione alla tipologia, alle caratteristiche, in generale ai fattori di maggiore o minore rischio connessi alla realizzazione dell'opera.

Qualora dai lavori della Cabina emergano eventuali specifiche violazioni o problemi sistemici, questa effettuerà una segnalazione all'ANAC "per gli interventi di competenza" (comma 2).

Autorità nazionale anticorruzione (art. 213)

L'**articolo 213** individua l'autorità nazionale competente per la vigilanza ed il controllo sugli appalti pubblici nell'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione). Il comma 1, oltre a statuire che compito dell'Autorità è la vigilanza ed il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, specifica che l'azione dell'ente è anche finalizzata a "prevenire e contrastare illegalità e corruzione".

I compiti che il documento in esame attribuisce all'ANAC sono molteplici. Come specificato nella relazione del Governo, infatti, il ruolo di questo ente risulta potenziato e rafforzato rispetto alla disciplina vigente in un'ottica di promozione e sostegno della legalità.

Le funzioni proposte possono essere riassunte come segue:

- 1) la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, favorendo lo sviluppo delle migliori pratiche (comma 2). Questa finalità è favorita anche attraverso la predisposizione di documenti quali **linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo** ed altri strumenti di regolamentazione flessibile. **Gli atti ritenuti maggiormente rilevanti** - ad esempio in termini di impatto della regolamentazione, per numero di operatori potenzialmente coinvolti o per riconducibilità a fattispecie criminose o situazioni anomale - **vengono trasmessi alle Camere** immediatamente dopo la loro adozione.

Si osserva che tale previsione andrebbe valutata alla luce del criterio di delega di cui alla lettera t), che rinvia al decreto legislativo da adottare l'individuazione dei casi in cui l'ANAC avrà l'obbligo immediato di riferire alle Camere sugli atti di indirizzo adottati.

Coerentemente con la legge delega, il comma 2 fa salva l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC dinnanzi agli organi di giustizia amministrativa.

Queste finalità vengono perseguite anche attraverso la gestione - tramite l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, comma 9 - della Banca Dati nazionale dei contratti pubblici. In quest'ultima sono destinate a confluire tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, al fine di garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad esse prodromiche e successive (comma 8);

2) la **vigilanza sui contratti pubblici**, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture (comma 3, lettera *a*). La vigilanza verrà effettuata non solo nei settori ordinari e speciali, ma anche su quelli esclusi dall'ambito di applicazione del codice e anche su quelli secretati o che esigono particolari misure di sicurezza.

Questa dicitura - tramite il rimando all'articolo 1, comma 2, lettera *f*)-*bis*, della legge 6 novembre 2012, n. 190, che a sua volta rinvia all'art. 17 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - comprende i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza nonché quelli la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative.

Si ricorda che, invece, l'articolo 162 del documento in esame prevede una deroga per le procedure di affidamento dei contratti secretati;

3) la vigilanza sull'economicità di esecuzione dei contratti pubblici, accertando che non ne derivi pregiudizio per il pubblico erario (comma 3, lettera *b*);

4) la segnalazione, al Parlamento ed al Governo, di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o applicazione distorta della normativa di settore (comma 3, lettera *c*);

5) la formulazione di proposte al Governo su eventuali modifiche, necessarie alla normativa vigente (comma 3, lettera *d*);

6) la predisposizione e l'invio, al Governo e al Parlamento, di una relazione annuale sull'attività svolta, evidenziando eventuali disfunzioni riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni (comma 3, lettera *e*);

7) la vigilanza sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori e l'esercizio dei correlati poteri sanzionatori (comma 3, lettera *f*);

8) la vigilanza sull'obbligo di affidamento dei contratti tramite le procedure ordinarie assieme ad un controllo sulla corretta applicazione della disciplina di deroga, riservata ai casi di somma urgenza e di protezione civile disciplinati dall'atto in esame (comma 3, lettera *g*).

Si segnala che il riferimento sembra essere all'articolo 163 del testo, relativo a "Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile", anziché all'articolo 164 indicato nella disposizione;

9) l'attività di vigilanza collaborativa, previa la stipulazione di protocolli d'intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, con finalità di supporto nella predisposizione degli atti e nella gestione dell'intera procedura di gara. Quest'ultimo campo di attività sarà, però, limitato ad alcuni "affidamenti di particolare interesse" (comma 3, lettera *h*);

10) la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (comma 4);

11) la possibilità di disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi eventualmente della collaborazione di

altri organi dello Stato e del Corpo della Guardia di finanza. Quest'ultimo effettuerà le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine attribuiti ad esso ai fini degli accertamenti relativi all'IVA e alle imposte sui redditi (comma 5);

12) la trasmissione, qualora riscontri delle irregolarità, degli atti e dei propri rilievi agli organi di controllo, incluse la Procura della Repubblica in caso di irregolarità di rilevanza penale e alla Procura generale della Corte dei conti in caso di pregiudizio al pubblico erario (comma 6);

13) la collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la rilevazione dei comportamenti aziendali meritevoli di valutazione per l'attribuzione del cd. "rating di legalità" (comma 7);

Il "rating di legalità" è stato introdotto dall'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Si tratta di una valutazione delle aziende operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, attribuita su istanza di parte. Del *rating* ottenuto si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e di accesso al credito bancario;

14) la gestione del Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che viene istituito presso l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Il Casellario contiene tutte le notizie, informazioni e dati inseriti nella Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81 del testo in esame. Con quest'ultima banca dati, gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'ANAC dovrà altresì garantire il collegamento (comma 10);

15) l'operatività, presso l'ANAC, della Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture di cui all'articolo 210 del documento in esame (comma 11);

16) la possibilità di chiedere contribuzioni ai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza (comma 12).

Il comma 12 dell'articolo 213 contiene un rinvio, ed una conferma della validità, all'articolo 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge finanziaria 2006"). Tale norma, riferita all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, prevedeva che quest'ultima - ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento - determinasse annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, "ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche".

L'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha assunto, per effetto dell'articolo 6 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, la denominazione "Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture". La legge 6 novembre 2012 n. 190, individuava, inoltre, nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle pubbliche amministrazioni (CIVIT) compiti e funzioni di vigilanza. L'articolo 19 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con la legge 11 agosto 2014, n. 114, ha

infine soppresso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, trasferendo i relativi compiti e funzioni all'ANAC.

17)il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti di soggetti che (comma 13):

- a) rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o esibire i documenti da essa richiesti;
- b) non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento;
- c) forniscono informazioni o documenti non veritieri a fronte di richiesta dell'autorità;
- d) 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.

Nei primi due casi la sanzione potrà variare da un minimo di 250 euro ad un massimo di 25.000 euro; nei secondi due casi invece l'importo potrà variare da un minimo di 500 ad un massimo di 50.000 euro, fatta salva l'eventuale azione penale.

In tema di sanzioni, il comma 14 specifica che le somme derivanti dall'irrogazione di sanzioni dovute al mancato adeguamento della stazione appaltante ad una raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato (articolo 211, pareri di precontenzioso dell'ANAC) sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per la successiva riassegnazione. Le sanzioni incassate saranno destinate alla premialità delle stazioni appaltanti secondo i criteri individuati dall'ANAC ai sensi dell'articolo 38 dello schema;

18)la gestione e l'aggiornamento dell'Albo Nazionale obbligatorio dei componenti delle Commissioni giudicatrici (si veda l'articolo 78 del documento in esame) e dell'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società *in house*.

In quest'ultimo caso il riferimento sembra essere all'articolo 192 del testo, relativo a "Regime speciale degli affidamenti in house", anziché all'articolo 193 indicato nella disposizione;

19)l'istituzione, nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, dell'elenco dei soggetti aggregatori (comma 16);

20)la pubblicazione, immediata e suddivisa per materia, degli strumenti di regolazione flessibile adottati, qualunque sia la loro denominazione. Ciò permetterà di rendere immediatamente accessibili alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun provvedimento (comma 17).

Si segnala che il decreto legislativo n. 33 del 2013 ha introdotto la normativa in materia di trasparenza, prevedendo, tra le altre cose, l'adozione da parte di tutte le amministrazioni di un Programma Triennale per la Trasparenza e l'Integrità (PTTI, articolo 10), ed imponendo, tra l'altro, obblighi di pubblicazione dei dati (articolo 7), in

un'ottica di reperibilità delle informazioni sulle attività svolte dalle amministrazioni. Al riguardo, si segnala inoltre che è attualmente all'esame delle Commissioni parlamentari competenti lo Schema di decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190, e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 medesimo (atto del governo n. 267): tale schema, oltre a recare novelle in materia di trasparenza e accesso civico ai dati (sulla scorta dell'esperienza anglosassone e del c.d. *Freedom of information act*), interviene altresì sulla normativa in materia di prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (legge 6 novembre 2012, n. 190), novellando contenuti e procedimenti di adozione del Piano nazionale anticorruzione e dei piani triennali per la prevenzione della corruzione, ridefinendo ruoli e funzioni degli organi a ciò preposti, inclusa l'Autorità nazionale anticorruzione.

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (art. 214)

L'**articolo 214** è dedicato alle **funzioni del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti**, al quale è affidato il compito di promuovere le attività tecniche ed amministrative per l'adeguata e sollecita progettazione e approvazione delle infrastrutture. In collaborazione con le regioni o province autonome interessate, inoltre, effettua le attività di supporto necessarie per la vigilanza sulla realizzazione delle infrastrutture medesime (comma 1).

Il comma 2 impone al Ministero di conformarsi al **principio di leale collaborazione** con le regioni, le province autonome e gli enti locali interessati, acquisendone - nei casi indicati dalla legge - la previa intesa. Contiene inoltre una lista, non esaustiva, ai sensi della quale spetta al Ministero, tra l'altro: promuovere e ricevere proposte da regioni, province autonome ed altri enti aggiudicatori; promuovere e proporre intese quadro con singole regioni o province autonome per il coordinamento congiunto e la realizzazione di infrastrutture; promuovere la redazione di progetti di fattibilità e curare l'istruttoria su questi e sui progetti definitivi ai fini della sottoposizione alle deliberazioni del CIPE; verificare l'avanzamento dei lavori anche attraverso sopralluoghi tecnico-amministrativi presso i cantieri, eventualmente avvalendosi del Corpo della guardia di finanza.

Il comma 3 disciplina la **struttura tecnica di missione**, di cui il Ministero può avvalersi "per le attività di indirizzo e pianificazione strategica, ricerca, supporto e alta consulenza, valutazione, revisione della progettazione, monitoraggio e alta sorveglianza delle infrastrutture". La struttura tecnica di missione è istituita con decreto del Ministero delle infrastrutture. Possono farne parte dipendenti e dirigenti delle Pubbliche amministrazioni, tecnici individuati dagli enti locali, progettisti ed esperti con incarichi *ad hoc* ma anche (comma 9) *advisor* provenienti da Università, enti di ricerca e società specializzate. E' specificato che la struttura tecnica di missione svolga le funzioni del Nucleo di valutazione e verifica degli investimenti pubblici.

Il nucleo è stato istituito, presso ogni amministrazione, dall'articolo 1 della legge 17 maggio 1999, n. 144, al fine di fornire supporto tecnico nelle fasi di programmazione, valutazione, attuazione e verifica di piani, programmi e politiche di intervento promossi e attuati da ogni singola amministrazione. L'articolo 7 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 228, ha incaricato i Nuclei medesimi della verifica, ex ante e ex post, della valutazione degli investimenti relativi ad opere pubbliche. La verifica è finalizzata a garantire "la razionalizzazione, la trasparenza, l'efficienza e l'efficacia della spesa in conto capitale destinata alla realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità (...) a valere sulle leggi di spesa pluriennale e a carattere permanente".

Il comma 5 specifica che gli oneri finanziari per il funzionamento della struttura tecnica di missione trovano in parte copertura sulle risorse assegnate annualmente al Ministero dei trasporti ai sensi della legge 17 maggio 1999, n. 144 ("Misure in materia di investimenti, delega al Governo per il riordino degli incentivi all'occupazione e della normativa che disciplina l'INAIL, nonché disposizioni per il riordino degli enti previdenziali"). In parte la copertura è altresì assicurata a valere sui fondi derivanti dall'incremento delle tariffe applicabili per le operazioni in materia di motorizzazione stabilito dall'articolo 1, comma 238, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge finanziaria 2005).

Il comma 4 è dedicato alla figura dei **commissari straordinari**, la cui nomina è proposta dal Ministro delle infrastrutture al Presidente del Consiglio dei ministri, sentiti i Ministri competenti ed i Presidenti delle regioni e province autonome interessate. Il loro compito è di seguire l'andamento delle opere e provvedere alle opportune azioni di indirizzo e supporto, promuovendo le occorrenti intese tra i soggetti pubblici e privati interessati. Possono essere coadiuvati da un sub-commissario.

Il comma 5 disciplina la copertura delle spese derivanti dal comma precedente. Stabilisce che i relativi oneri saranno posti a carico del Fondo per la progettazione di fattibilità delle infrastrutture prioritarie e la *project review* delle opere già finalizzate e del Fondo da ripartire per la realizzazione delle infrastrutture prioritarie. Questi sono istituiti nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti dall'articolo 202 del documento in esame al fine di migliorare la capacità di programmazione e riprogrammazione della spesa per la realizzazione delle infrastrutture di preminente interesse nazionale. E' espressamente previsto che gli oneri siano contenuti alle risorse destinate allo scopo su base annuale con decreto del Ministro delle infrastrutture, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

E' espressamente prevista (comma 6) la possibilità che i commissari straordinari si avvalgano del potere sostitutivo, adottando "i provvedimenti e gli atti di qualsiasi natura necessari alla sollecita progettazione, istruttoria, affidamento e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi" in sostituzione dei soggetti competenti. Il loro operato deve essere conforme alla direttive del Presidente del Consiglio dei ministri (che, ai sensi del comma 8, li nomina con proprio decreto, individuandone anche il compenso), del Ministro

delle infrastrutture e del CIPE. Ai medesimi soggetti riferiscono in ordine alle problematiche riscontrate ed alle iniziative assunte. Possono usufruire del supporto del Ministero e, ove esistenti, della struttura di missione e degli *advisor* (comma 7).

Il potere del Governo di sostituirsi agli organi delle regioni, delle città metropolitane, delle province e dei comuni in caso di mancato rispetto della normativa dell'Unione europea è previsto nell'articolo 120, comma 2, della Costituzione. I poteri sostitutivi - prescrive espressamente il dettato costituzionale - devono essere esercitati secondo le norme di legge e "nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione".

L'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 ("Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) ha dettato norme per l'attuazione dell'articolo 120 della Costituzione sul potere sostitutivo, stabilendo (comma 2) che "qualora l'esercizio del potere sostitutivo si renda necessario al fine di porre rimedio alla violazione della normativa comunitaria, gli atti ed i provvedimenti (...) sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro per le politiche comunitarie e del Ministro competente per materia".

Una giurisprudenza costituzionale consolidata ha stabilito che poiché gli interventi sostitutivi costituiscono un'eccezione, la loro legittimità è subordinata al rispetto di condizioni e limiti.

Alcuni derivano dalla legislazione vigente: ad esempio il comma 5 dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, specifica chiaramente che "i provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite".

Altri sono stati, invece, elaborati dalla giurisprudenza costituzionale medesima. Rilevante, in questo senso, è la sentenza [n. 240 del 2004](#), che ha stabilito: "Perché possa ritenersi legittima la previsione del potere di sostituzione dello Stato alle regioni è (...) necessario che l'esercizio dei poteri sostitutivi sia previsto e disciplinato dalla legge, la quale deve altresì definirne i presupposti sostanziali e procedurali; che la sostituzione riguardi il compimento di atti o attività prive di discrezionalità nell'*an*; che il potere sostitutivo sia esercitato da un organo di Governo o sulla base di una decisione di questo; che la legge predisponga congrue garanzie procedurali, in conformità al principio di leale collaborazione".

Di converso, la sentenza n. [110/2014](#) ha affermato che "la mera potenziale situazione di interferenza con le funzioni commissariali è idonea – a prescindere dalla ravvisabilità di un diretto contrasto con i poteri del commissario – ad integrare la violazione dell'art. 120, secondo comma, della Costituzione".

Si ricorda che l'articolo 13 del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, citato nello schema in esame, disciplina le modalità concrete, ed i poteri, dell'intervento sostitutivo del commissario straordinario per la realizzazione di opere ed infrastrutture.

Consiglio superiore dei lavori pubblici (articolo 215)

Anche l'**articolo 215**, dedicato al **Consiglio superiore dei lavori pubblici**, riprende la normativa vigente. Vi si ribadiscono (comma 1) la piena autonomia funzionale e organizzativa del Consiglio, -che viene definito "massimo organo tecnico consultivo dello Stato" - assieme alla sua indipendenza di giudizio e di valutazione. Il comma 2 stabilisce la procedura (decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa

deliberazione del Consiglio dei ministri) con la quale eventualmente attribuire nuovi poteri consultivi, disciplinare la rappresentanza al suo interno delle diverse amministrazioni dello Stato e delle Regioni e disciplinare la composizione dei comitati tecnici amministrativi. Viene specificato che tale riorganizzazione non deve comportare ulteriori oneri per la finanza pubblica.

Il comma 3 (primo periodo) specifica che il parere espresso dal Consiglio è obbligatorio sui progetti definitivi di lavori pubblici di importo superiore ai 50 milioni di euro nel caso in cui:

- 1) siano di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato;
- 2) le stazioni appaltanti siano pubbliche amministrazioni e queste ultime abbiano fatto richiesta di parere.

Per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro, le competenze del Consiglio superiore sono esercitate da comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche. Il Provveditore può sottoporli comunque al Consiglio superiore, con relazione illustrativa motivata, qualora presentino elementi di particolare rilevanza e complessità (comma 3, ultimo periodo).

Il comma 4 regola la validità delle adunanze (per la quale è richiesta la presenza di un terzo dei componenti) e dei pareri (che richiedono il voto favorevole della maggioranza assoluta dei presenti). Il comma 5 disciplina le modalità di espressione del parere, per il quale opera il principio del silenzio assenso dopo 45 giorni dalla trasmissione del progetto.

Disposizioni transitorie, di coordinamento e finali (artt. 216-219)

Il **comma 1** dell'art. 216 prevede l'**applicazione delle norme del presente Codice** (salve diverse disposizioni del Codice stesso che prevedono diversamente) alle **procedure e ai contratti** per i quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto:

- **non sono ancora stati pubblicati bandi o avvisi** con cui si indice la procedura di scelta del contraente;
- oppure, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, **non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.**

Il **comma 2** disciplina le **disposizioni applicabili nelle more dell'emanazione** di alcuni **dei provvedimenti attuativi** previsti dagli altri articoli del Codice. Di tali disposizioni si è dato conto nel commento dei relativi articoli.

Il **comma 3** provvede a **coordinare i riferimenti normativi a norme del D.Lgs. 163/2006**, contenuti nell'art. 2 del D.L. 83/2014 (Misure urgenti per la semplificazione delle procedure di gara e altri interventi urgenti per la realizzazione del Grande Progetto Pompei) e nell'art. 49-*ter* del D.Lgs. 177/2005 (Contratti conclusi dalla RAI-Radiotelevisione italiana Spa e dalle società partecipate), **alle nuove disposizioni previste dal Codice in esame.**

Al riguardo, si osserva che andrebbe valutata l'opportunità di verificare se la disciplina transitoria è idonea a garantire un'ordinata transizione dalla previgente alla nuova disciplina, in linea con quanto prevede la lettera b) della delega. Si rileva altresì che lo schema in esame prevede l'adozione di più provvedimenti a cui è demandata in parte l'attuazione della nuova regolazione, di taluni dei quali non è prevista una tempistica per l'adozione.

Abrogazioni

L'**articolo 217** reca un articolato elenco di abrogazioni la cui operatività decorre dall'entrata in vigore del Codice. Di alcune di tali abrogazioni si è dato conto nel commento di alcune disposizioni. Si ricorda, infatti, che sulla materia dei contratti pubblici hanno inciso, specie negli ultimi anni, numerosi interventi normativi, per lo più contenuti in provvedimenti d'urgenza che si sono configurati non solo come novelle al Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006.

In tali abrogazioni sono ricompresi in primo luogo il decreto legislativo n. 163 del 2006 e il regolamento di attuazione ed esecuzione di tale decreto, ossia il D.P.R. n. 207 del 2010, come previsto dal comma 4 della delega.

Modifiche del Codice

L'**articolo 218** dispone che ogni intervento normativo incidente sul presente provvedimento o sulle materie dallo stesso disciplinate è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute. Si ricorda che l'articolo 13-*bis* della legge n. 400 del 1988 già prevede che ogni norma, che sia diretta a sostituire, modificare o abrogare norme vigenti ovvero a stabilire deroghe, indichi espressamente le norme sostituite, modificate, abrogate o derogate. Tale norma non prevede la fattispecie della sospensione a cui fa riferimento la disposizione in commento.

Clausola di invarianza finanziaria

L'**articolo 219** prevede che dall'attuazione del provvedimento non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e che le amministrazioni provvedono ai conseguenti adempimenti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.