

Il nuovo codice dei contratti pubblici
(pubblicato in Urbanistica e appalti n. 5/2016)

Sommario:

Abstract

- 1) Quadro normativo anteriore
- 2) Le tre nuove direttive
- 3) La legge delega n. 11/2016
- 4) Il nuovo “codice dei contratti pubblici”
- 5) Entrata in vigore, fase transitoria e abrogazioni
- 6) I futuri decreti correttivi
- 7) Dalla “*dura lex sed lex*” alla “*soft law but law*”
- 8) Il divieto di *gold plating* tra competitività e valori costituzionali
- 9) La completezza e correttezza del recepimento
- 10) Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni
- 11) Struttura del codice
- 12) Quadro di sintesi delle principali novità
- 13) Questioni generali: soglie, stazioni appaltanti, fasi delle procedure di affidamento, proposta di aggiudicazione e aggiudicazione, *standstill*, esecuzione d’urgenza in corso di *standstill*
- 14) Trasparenza, informatizzazione, bandi tipo, accesso (artt. 29, 44, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 71, 76)
- 15) Dibattito pubblico e partecipazione dei portatori di interessi (art. 22)
- 16) Qualità della progettazione e separazione tra progettazione ed esecuzione, verifica preventiva dell’interesse archeologico (artt. 23, 24, 25, 95, 180, 183, 194 codice)
- 17) Conflitti di interesse (artt. 24, 42, 77)
- 18) Centralizzazione della committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti, Commissari di gara (artt. 37 ss.)
- 19) Requisiti morali, requisiti reputazionali, qualificazione degli operatori economici, *rating* di impresa, premialità e penalità, soccorso istruttorio, avalimento, coordinamento con la disciplina antimafia (artt. 80, 83, 84)
- 20) Le procedure negoziate: contratti esclusi, appalti sotto soglia, appalti della protezione civile (artt. 1, 4, 36, 63, 163)
- 21) Offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95)
- 22) Offerte anomale (art. 97)
- 23) Appalti nei settori speciali (art. 114 ss.)

- 24) Concessioni (art. 164 ss.)
- 25) Partenariato pubblico privato (art. 180 ss.)
- 26) Contraente generale (art. 194 ss.)
- 27) Infrastrutture strategiche (art. 200 ss.)
- 28) Affidamenti *in house*, procedure di scelta del socio, società pubbliche (artt. 1, 5, 30, 192)
- 29) Precontenzioso (art. 211)
- 30) Contenzioso (art. 205)
- 31) **Governance: ANAC e Cabina di regia**
- 32) **Conclusioni. La diagnosi e la cura. Una drastica cura dimagrante**

Abstract:

E' legge il codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50), in vigore dal 19 aprile 2016.

Arriva a dieci anni di distanza dal precedente (d.lgs. 12 aprile 2016 n. 163).

All'ultimo momento non ha preso né il nome chiesto dalla legge delega (codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione) né quello suggerito dal Consiglio di Stato (codice dei contratti pubblici), e ha ricevuto un nome ben più lungo quanto non necessario, in particolare "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

Però quanto meno il "soprannome" di codice dei contratti pubblici, gli è rimasto, legiferato, nell'art. 120, c. 2-bis, c.p.a.

Attua una delega lunga e complessa, il cui periodo di gestazione (anche a causa di vicende politiche connesse all'avvicendamento del vertice del Ministero competente) ha assorbito quasi tutto il biennio assegnato dal legislatore europeo per il recepimento delle tre direttive appalti e concessioni, lasciando al Governo meno di tre mesi, e coinvolgendo in una maratona consultiva tutti gli organi chiamati a dare parere.

Abroga il "vecchio" codice n. 163/2006.

Consta di 220 articoli e XXV allegati, e dovrà essere completato con le linee guida, ministeriali e dell'ANAC, oltre che con svariati altri decreti ministeriali, destinati a sostituire il precedente regolamento (d.P.R. n. 207/2010) con circa 50 atti attuativi di svariate tipologie.

Abbandona, infatti, il modello del regolamento unico di attuazione, che sarà sostituito da svariate tipologie di linee guida (dalla "dura lex sed lex" alla "soft law but law").

Si presenta di dimensioni di poco inferiori al codice del 2006, come implementato nell'arco

di 10 anni, e meno "magro" di quanto lo fosse il codice del 2006 alla sua data di nascita. Dovrà da subito districarsi tra il partito di chi voleva meno gold plating e quello di chi ne voleva di più.

Opera scelte di sistema che impattano anche sull'assetto delle fonti del diritto, della governance del settore, degli equilibri tra organi costituzionali.

Dovrà affrontare prevedibili questioni di costituzionalità e di compatibilità comunitaria, oltre che il banco di prova, non sempre morbido, della giurisdizione.

Soprattutto, dovrà riuscire a mantenere la promessa di semplificazione e snellezza nonostante i numerosi atti attuativi (soft law o feudalesimo normativo?).

In conclusione, legge delega e codice fanno una diagnosi corretta dei mali italiani nel settore degli appalti pubblici e prescrivono una cura appropriata: l'importante, ora, è prendere le medicine, senza ripensamenti.

1) Quadro normativo anteriore

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

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

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

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

Il codice del 2006, nonostante la clausola di "riserva di codice" in esso

contenuta, è stato nell'arco di 10 anni sino ad oggi plurimodificato, non di rado con norme eccentriche contenute in altri atti normativi, con 52 atti normativi e sei regolamenti comunitari¹.

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

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

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

Il quadro normativo italiano risultava pertanto, alla vigilia del nuovo codice, estremamente complesso; esso contava, solo sommando codice e regolamento generale, 630 articoli e 37 allegati, a cui dovevano aggiungersi:

a) normative statali settoriali che danno luogo a "microsistemi": p. es. appalti nel settore della difesa e sicurezza, d.lgs. n. 208 del 2011; appalti dei soggetti

¹ Si ricordano, oltre ai tre decreti legislativi correttivi (rispettivamente: d.lgs. n. 6/2007; 113/2007; 152/2008), i seguenti **49** provvedimenti normativi statali modificativi, per un totale di **52**: d.l. n. 173/2006; l. n. 296/2006; d.P.R. n. 90/2007; l. n. 123/2007; l. n. 124/2007; l. n. 244/2007; d.l. n. 207/2008; d.l. n. 78/2009; l. n. 69/2009; l. n. 94/2009; l. n. 99/2009; d.l. n. 135/2009; d.lgs. n. 53/2010; d.lgs. n. 104/2010; d.l. n. 34/2011; d.l. n. 70/2011; d.lgs. n. 58/2011; d.l. n. 95/2011; l. n. 180/2011; d.lgs. n. 195/2011; d.l. n. 201/2011; d.lgs. n. 208/2011; d.l. n. 1/2012; l. n. 3/2012; d.l. n. 5/2012; d.l. n. 16/2012; d.l. n. 52/2012; d.l. n. 83/2012; d.l. n. 95/2012; d.lgs. n. 169/2012; d.l. n. 179/2012; l. n. 190/2012; d.l. n. 35/2013; d.l. n. 69/2013; d.l. n. 101/2013; d.l. n. 145/2013; l. n. 147/2013; d.l. n. 150/2013; d.l. n. 47/2014; d.l. n. 64/2014; d.l. n. 66/2014; d.l. n. 83/2014; d.l. n. 90/2014; d.l. n. 91/2014; d.l. n. 133/2014; l. n. 161/2014; d.l. n. 192/2014; d.l. n. 210/2015; l. n. 221/2015. Inoltre le soglie sono state modificate dai seguenti regolamenti comunitari: 1422/2007; 1177/2009; 1251/2011; 1336/2013; 2341/2015; 2341/2015.

preposti ai servizi di informazione e sicurezza; regolamenti settoriali quali quelli per gli appalti della difesa e dei beni culturali;

b) molteplici norme statali sparse;

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

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

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

- giudice ordinario/arbitri per la fase di esecuzione;

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

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

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

2) Le tre nuove direttive

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

- rendere più efficiente l'uso dei fondi pubblici, che, come noto, vengono ordinariamente allocati attraverso contratti pubblici; per tale obiettivo occorrono procedure improntate a canoni di semplificazione, flessibilità, correttezza;

- garantire la dimensione europea del mercato dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture, assicurando la tutela della concorrenza, vietando pratiche discriminatorie, tutelando anche le piccole e medie imprese;

- fare un uso strategico degli appalti pubblici, come strumento di politica economica e sociale, promuovendo l'innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela ambientale, obiettivi sociali, quali la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti pubblici e l'impiego nel lavoro dei soggetti svantaggiati;
- promuovere la lotta alla corruzione attraverso procedure semplici e trasparenti, rimuovendo le incertezze normative.

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

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

3) La legge delega n. 11/2016

La legge delega è lunga e complessa, e - anche a causa di vicende politiche connesse all'avvicendamento del vertice del Ministero competente -, ha avuto un periodo di gestazione che ha assorbito quasi tutto il biennio assegnato dal legislatore europeo per il recepimento delle tre direttive appalti e concessioni, lasciando al Governo meno di tre mesi, e coinvolgendo in una maratona consultiva tutti gli organi chiamati a dare parere.

La legge delega n. 11 del 2016, persegue, sul piano dello strumento, la codificazione delle disposizioni di recepimento delle direttive e di quelle di riordino complessivo della materia, e sul piano degli obiettivi, quello della

semplificazione e accelerazione delle procedure salvaguardando al contempo valori fondamentali quali la trasparenza, la prevenzione della corruzione e della infiltrazione della criminalità organizzata, la tutela ambientale e sociale.

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

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

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

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

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

La stessa delega, dopo aver posto i principi di semplificazione, flessibilità, recepimento dei livelli minimi di regolazione, la legge delega opera essa stessa alcune deroghe al divieto di *gold plating*, introducendo alcuni principi direttivi improntati a maggior rigore.

Si coglie la portata assolutamente innovativa di alcuni principi di delega:

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

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

c) la qualificazione obbligatoria per le amministrazioni che vogliono svolgere

le funzioni di stazione appaltante (art. 1, c. 1, lett. bb), legge delega);

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

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

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

(i) di tutela dell'unicità del patrimonio artistico-culturale italiano (appalti relativi ai beni culturali; art. 1, c. 1, lett. o), legge delega);

(ii) di carattere sociale (servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, servizi ad alta intensità di manodopera) (art. 1, c. 1, lett. d) e art. 1, c. 1, lett. gg);

(iii) di lotta alla corruzione (appalti della protezione civile, art. 1, c. 1, lett. l), legge delega, e contratti segreti, art. 1, c. 1, lett. m), legge delega).

g) il *rating* di legalità, i criteri reputazionali, il sistema di penalità e premialità per gli operatori economici (art. 1, c. 1, lett. q), n. 5) e lett. uu);

h) i conti dedicati imposti agli operatori economici (art. 1, c. 1, lett. q), n. 4);

i) il soccorso istruttorio (art. 1, c. 1, lett. z), in ciò proseguendosi un percorso già avviato con il d.l. n. 90/2014;

l) le limitazioni ai poteri del contraente generale e il rafforzamento dei controlli pubblici (art. 1, c. 1, lett. ll) e mm), legge delega);

m) il superamento della c.d. legge obiettivo (art. 1, c. 1, lett. sss), legge delega);

n) l'introduzione di principi concorrenziali per le concessioni, anche già affidate, mediante l'obbligo di esternalizzazione di una elevata percentuale degli affidamenti e la scansione temporale per l'avvio delle gare in relazione alle concessioni in scadenza;

o) l'introduzione del dibattito pubblico, per assicurare la partecipazione delle collettività locali alle scelte di localizzazione delle grandi opere aventi rilevante impatto sull'ambiente e sul contesto socio-economico (art.1, c. 1, lett. qqq), legge delega);

p) una *governance* efficiente ed efficace attraverso la cabina di regia presso la P.C.M. e il rafforzato ruolo dell'ANAC che coniuga i compiti di autorità anticorruzione e di vigilanza e regolazione del mercato degli appalti pubblici.

In sintesi, la legge delega coglie il recepimento delle tre direttive come occasione e sfida per un ripensamento complessivo del sistema degli appalti



pubblici in Italia, in una nuova filosofia che coniuga flessibilità e rigore, semplificazione ed efficienza con la salvaguardia di insopprimibili valori sociali e ambientali.

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

Così, in sintesi, e come meglio si esporrà:

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

4) Il nuovo “codice dei contratti pubblici”

Nella G.U. del 19 aprile 2016, con entrata in vigore lo stesso giorno (art. 220), è stato pubblicato il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

All’ultimo momento non ha preso né il nome chiesto dalla legge delega (codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione) né quello suggerito dal Consiglio di Stato (codice dei contratti pubblici), e ha ricevuto un nome ben più lungo quanto non necessario, in particolare “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”².

² Si legge testualmente nel parere del Consiglio di Stato: “*questo Consiglio rileva che il “nome di battesimo” dato al codice “codice degli appalti pubblici e delle concessioni”, non appare esattamente*

Però quanto meno il “soprannome” di codice dei contratti pubblici, gli è rimasto, legificato, nell’art. 120, c. 2-bis, c.p.a.

Abroga il “vecchio” codice n. 163/2006.

Consta di 220 articoli e XXV allegati, e dovrà essere completato con le linee guida, ministeriali e dell’ANAC, oltre che con svariati altri decreti ministeriali, destinati a sostituire il precedente regolamento (d.P.R. n. 207/2010) con circa 50 atti attuativi di svariate tipologie.

Abbandona, infatti, il modello del regolamento unico di attuazione, che sarà sostituito da svariate tipologie di linee guida (dalla “*dura lex sed lex*” alla “*soft law but law*”).

Si presenta di dimensioni di poco inferiori al codice del 2006, come implementato nell’arco di 10 anni, e meno “magro” di quanto lo fosse il codice del 2006 alla sua data di nascita.

Invero, i 220 articoli del nuovo codice ammontano a 111.740 parole e 662.638 caratteri, spazi esclusi (testo da GURI).

Il codice del 2006 era nato anche più snello (con 257 articoli e 22 allegati: i 257 articoli ammontavano a 100.074 parole e 586.241 caratteri, spazi esclusi, senza computare le tabelle di riferimento in calce a ogni rubrica

corrispondente al contenuto dell'articolato, sotto un duplice profilo.

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

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

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

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

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

(che nel nuovo codice non sono inserite nel testo), ovvero a 103.310 parole e 602.315 caratteri, spazi esclusi, calcolando tali tabelle), e aveva preso peso nel corso degli anni, contando, alla data della sua abrogazione, 271 articoli e 22 allegati³ (per un totale di 118.714 parole e 694.183 caratteri, spazi esclusi, senza computare le tabelle di riferimento in calce a ogni rubrica).

Occorre realisticamente prendere atto che le stesse tre direttive oggetto di recepimento sono ben più lunghe e dettagliate di quanto lo fossero le prime direttive europee in materia, negli anni 70-80, e che la semplificazione non si fa né allungando il numero dei commi per ridurre il numero degli articoli, né necessariamente accorciando i testi di legge.

Il modello illuministico delle regole poche e chiare mal si attaglia a una realtà complessa, magmatica, globale, multilivello.

Che il codice appalti sia lungo, purché le sue regole siano chiare, efficaci, conoscibili.

Il nuovo codice è stato pubblicato in G.U. corredato di tabella di concordanza, che reca le disposizioni delle direttive e previgenti, in accoglimento di una richiesta contenuta nel parere del Consiglio di Stato.

Non è stato sinora accolto il suggerimento di porre, sotto la rubrica di ogni articolo, il riferimento ai corrispondenti articoli delle direttive e del codice previgente. Operazione che, secondo il citato parere, potrà avvenire anche in un secondo momento.

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

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

³ 271 articoli calcolando aggiunte e sottrazioni successive (aggiunti: artt. 6-bis; 68-bis; 79-bis; 112-bis; 160-bis; 160-ter; 169-bis, 199-bis; 237-bis; 240-bis; 243-bis; 245-bis; 245-ter; 245-quater; 245-quinquies; 246-bis; 251-bis: abrogati: artt. 154, 155, 246-bis).

recepimento: 18 aprile 2016.

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

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

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

Si tratta di un codice settoriale nell'ambito del diritto amministrativo, e del primo codice di tale natura varato nella corrente legislatura.

Si indicheranno, di seguito, alcune questioni di carattere generale, che potranno costituire chiave di lettura del codice, e si segnaleranno le principali novità.

5) Entrata in vigore, fase transitoria e abrogazioni

Il codice entra in vigore lo stesso giorno della sua pubblicazione in G.U., vale a dire il 19 aprile 2016.

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

I regimi transitori sono fissati prevalentemente nell'art. 216, in parte in altri articoli del codice.

La regola generale è che le nuove disposizioni si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi di indizione gara, ovvero, nelle procedure senza bando, i cui inviti, siano successivi alla data di entrata in vigore del codice, ossia datino dal 20 aprile 2016 in poi (art. 216 c. 1).

Vengono poi delineati ulteriori 26 regimi transitori specifici, in altrettanti commi dell'art. 216.

Si tratta di regimi transitori ancorati all'adozione degli atti attuativi previsti dagli articoli del codice, e nelle more dei quali continua ad applicarsi, nei limiti di compatibilità, la previgente disciplina, puntualmente individuata da ciascun comma, con rinvio al d.P.R. n. 207/2010 o altri regolamenti di settore previgenti.

Conseguentemente, l'art. 217 procede alle abrogazioni del caso, disponendo in parte l'immediata abrogazione di alcune parti del d.P.R. n. 207/2010, e differendo in parte la sua abrogazione agli atti attuativi, che dovranno operare una ricognizione delle disposizioni del precedente regolamento che

vanno a sostituire.

Da tale quadro si evince che la precedente disciplina, sia contenuta nel d.lgs. n. 163/2006 che nel regolamento n. 207/2010, che contenuta in altre fonti, resta integralmente applicabile non solo a procedure e contratti per i quali i bandi o inviti siano già stati pubblicati, ma anche ai nuovi affidamenti, per quegli ambiti per i quali gli atti attuativi nuovi non siano ancora varati, e finché non vengano varati.

E' stato affidato ai futuri atti attuativi il compito di una ricognizione delle disposizioni del regolamento n. 207/2010 che essi sostituiranno: sicché l'effetto abrogativo, discendente direttamente dal nuovo codice, è differito nel tempo agli atti attuativi (una sorta di condizione sospensiva dell'effetto abrogativo).

Si è così – peraltro solo in parte – seguito il suggerimento del parere del Consiglio di Stato, di utilizzare la tecnica normativa già sperimentata e tipica del meccanismo di delegificazione di cui all'art. 17, c. 2, l. n. 400/1988. Secondo tale modello di “cedevolezza” delle disposizioni abrogate, resta in capo al codice l'effetto abrogante del d.P.R. n. 207/2010, ma il concreto venir meno delle singole normative previgenti è differito temporalmente al momento dell'entrata in vigore dei singoli atti sostitutivi di attuazione del nuovo codice, quale che sia la loro natura giuridica (linee guida ministeriali, atti ANAC, etc.).

A questi ultimi viene altresì assegnato dal codice anche il compito di recare una esplicita ricognizione delle disposizioni che vengono sostituite e che pertanto cessano di avere efficacia.

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

Non è stato accolto il suggerimento del Consiglio di Stato di inserire anche una disposizione abrogativa di chiusura, secondo la tecnica del *guillotine system*, che preveda comunque la definitiva scomparsa del regolamento dopo un congruo termine. Pertanto il rischio è di una sopravvivenza anche a lungo del regolamento n. 207/2010, se gli atti attuativi non saranno tempestivi, o se non opereranno una ricognizione completa.

6) I futuri decreti correttivi

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

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

Sicché, se ordinariamente i decreti correttivi intervengono dopo un congruo periodo di applicazione pratica di codici e testi unici, al fine di emendare difetti emersi, nel caso specifico è prevedibile che già all'indomani della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del codice, si dovrà essere pronti a lavorare a un affinamento delle sue disposizioni al fine, ove necessario, di rapide correzioni.

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

Il citato parere del Consiglio di Stato ha rilevato che i correttivi conseguono un effetto utile se intervengono dopo un ragionevole periodo di applicazione pratica, necessario per una compiuta verifica di impatto della regolamentazione. Nel caso di codificazioni settoriali, specie se, come in questo caso, vi sono numerosi regimi transitori, un periodo ragionevole di osservazione è almeno biennale.

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

Sotto tale profilo, è stato espresso l'auspicio di un allungamento da uno a due anni del termine per i correttivi.

7) Dalla “*dura lex sed lex*” alla “*soft law but law*”

Dal regolamento di esecuzione – fonte del diritto in senso proprio – si passa alle “linee guida”, con una punta di esterofilia ribattezzate “*soft law*”.

La nuova codificazione dovrà riuscire a mantenere la promessa di semplificazione e snellezza nonostante i numerosi atti attuativi.

Il codice abbandona il modello del regolamento unico e demanda la sua attuazione a fonti di secondo livello.

Un ruolo importante è assegnato alle linee guida, che nella delega e nello schema iniziale del codice, erano riconducibili, con uno sforzo di ricostruzione esegetica, a tre tipologie, che diventano quattro nel testo finale del codice.

Esistono comunque anche altri, più tradizionali, decreti ministeriali, o interministeriali, o d.P.R. o d.P.C.M.

Tra linee guida e altri atti si possono individuare circa 50 attuativi:

- 14 decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti;
- 15 atti dell'ANAC;
- 6 d.P.C.M.;
- 15 decreti di altri Ministri⁴.



⁴ Si riportano in sintesi gli atti attuativi, il loro contenuto, l'articolo del codice che li prevede:

DECRETI DEL MINISTRO INFRASTRUTTURE E TRASPORTI

- 1) art. 21 (pianificazione dei contratti pubblici)
- 2) art. 23 (contenuto dei livelli della progettazione)
- 3) art. 24 (requisiti delle forme organizzative dei progettisti)
- 4) art. 38 (servizio contratti pubblici)
- 5) art. 73 (indirizzi per la pubblicazione telematica di bandi e avvisi)
- 6) art. 77 (tariffa per albo e compensi dei commissari di gara)
- 7) art. 81 (documentazione da inserire nella banca dati nazionale degli appalti pubblici)
- 8) art. 84 (modalità di qualificazione alternative per i lavori pubblici)
- 9) art. 89 (individuazione delle opere superspecialistiche)
- 10) art. 102 (modalità tecniche del collaudo)
- 11) art. 111 (attività del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture)
- 12) art. 196 (albo nazionale dei responsabili lavori e collaudatori nel caso di affidamento a contraente generale)
- 13) art. 209 (compensi degli arbitri)
- 14) art. 214 (struttura tecnica di missione)

LINEE GUIDA E ALTRI ANNI DELL'ANAC



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

DECRETI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

- 1) art. 22 (opere soggette a dibattito pubblico)

- 2) art. 25 (procedimenti semplificati di verifica preventiva dell'interesse archeologico)
- 3) art. 37 (centrali di committenza dei comuni non capoluogo di provincia)



-
- 4) art. 37 (requisiti delle centrali di committenza)

 - 5) art. 41 (revisione accordi e convenzioni quadro)

 - 6) art. 212 (organizzazione della cabina di regia)

DECRETI DI ALTRI MINISTRI

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

L'obiettivo di una regolamentazione sintetica e unitaria, chiaramente conoscibile, rischia così di perdersi nella moltiplicazione degli atti attuativi.

Non solo: l'obiettivo di un tempestivo cambio delle vecchie regole rischia di essere frenato nella ritardata adozione degli atti attuativi, così nel frattempo continuando a applicarsi le vecchie regole.

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

Vi è dunque il rischio concreto che la centralità del vecchio e tradizionale modello regolamentare sia soppiantata da un feudalesimo normativo.

È evidente che la scommessa del nuovo codice potrà essere vinta solo se la fase di adozione degli atti attuativi avverrà in modo tempestivo, ordinato e coordinato, sottoposto a canoni di *better regulation*.

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

Ad essa è stato intestato lo specifico compito di curare, se del caso con apposito piano di azione, la fase di attuazione del codice coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, nonché della loro raccolta in testi unici integrati, organici e omogenei, al fine di assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca (art. 212, c. 1, lett. b).

E in relazione all'ANAC, è stato previsto che essa per l'emanazione delle linee

15) art. 215 DPR (attribuzione ulteriori compiti al Consiglio superiore lavori pubblici)

guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla l. n. 11/2016 e dal codice (art. 213, c. 2).

La scelta del legislatore delegante di non prevedere un unico regolamento generale, ma di optare per un sistema attuativo più snello e flessibile si rivela, in linea di massima, innovativa e idonea a risolvere alcuni problemi della disciplina precedente.

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

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

- un primo criterio direttivo è enunciato all'art. 1, c. 1, lett. t), la quale pone in capo all'ANAC, accanto a vari poteri "*di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio*", quello di adozione di "*atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile*", eventualmente "*dotati di efficacia vincolante*", comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa.

- la successiva lettera u) demanda poi allo schema di decreto legislativo l'individuazione dei casi in cui all'adozione degli atti di indirizzo debba seguire la trasmissione alle Camere di "*apposite relazioni*";

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

Alla stregua di tali – non contestuali – indicazioni si identificano, nel disegno della legge delega, tre diverse tipologie di atti attuativi:

a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su

proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari;

b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida;

c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

d) A tali tipologie se ne aggiunge una quarta autonomamente elaborata dal codice nella stesura finale, ossia le linee guida dell'ANAC, in materia di qualificazione, adottate previo parere delle competenti commissioni parlamentari (art. 83, c. 2).

Si pone perciò la questione della natura giuridica di tali provvedimenti (ministeriali e dell'ANAC), e della loro collocazione nella gerarchia delle fonti del diritto.

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

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

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

Sulla base di tali dati esegetici, il citato parere del Consiglio di Stato ha ritenuto che linee guida e gli altri decreti ‘ministeriali’ (ad esempio, in tema di requisiti di progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici: art. 24, c. 2; e direzione dei lavori: art. 111, c.2 e 3) o ‘interministeriali’ (art. 144, c. 5, relativo ai servizi di ristorazione) abbiano una chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste.

Pertanto, anche indipendentemente dal *nomen juris* fornito dalla delega e dallo stesso codice, tali atti devono essere considerati quali ‘regolamenti ministeriali’ ai sensi dell'art. 17, c. 3, l. n. 400/1988, con tutte le conseguenze in termini di:

- forza e valore dell'atto (tra l'altro: resistenza all'abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate, disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale);
- forma e disciplina procedimentale stabilite dallo stesso c. 3 (ad esempio: comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione) e dal successivo c. 4 della legge da ultimo citata;
- implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta a favore delle Regioni (art. 117, c. 6, Cost.), tenuto conto dell'esistenza nella materia dei contratti pubblici di titoli di competenza di queste ultime (cfr. Corte cost., 23 novembre 2007 n. 401);
- rispetto alle regole codificate nell'art. 17, c. 3, l. n. 400/1988 per i regolamenti ministeriali, la legge delega "rafforza" il procedimento, prescrivendo in aggiunta – nell'evidente considerazione dell'importanza e delicatezza della materia – il parere delle competenti commissioni parlamentari.

Diverso discorso deve farsi per le linee guida dell'ANAC.

Mentre quelle a carattere "*non vincolante*" appaiono pacificamente inquadrabili come ordinari atti amministrativi, qualche considerazione in più richiedono le linee guida a carattere "*vincolante*" (ad esempio: art. 83, c. 2, in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; art. 84, c. 2, recente la disciplina degli organismi di attestazione SOA; art. 110, c. 5, lett. b), concernente i requisiti partecipativi in caso di fallimento; art. 197, c. 4, relativo ai requisiti di qualificazione del contraente generale), e gli altri atti innominati aventi il medesimo carattere (art. 31, c. 5, relativo ai requisiti e ai compiti del r.u.p. per i lavori di maggiore complessità; art. 197, c. 3, di definizione delle classifiche di qualificazione del contraente generale) e comunque riconducibili all'espressione "*altri atti di regolamentazione flessibile*".

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

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

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

In secondo luogo, tale assimilazione consente di assicurare anche per questi provvedimenti dell'ANAC tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità indipendenti, in considerazione della natura ‘non politica’, ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del ‘principio di legalità sostanziale’ con un più forte rispetto di criteri di ‘legalità procedimentale’. Tra queste, se ne segnalano in particolare tre:

- l’obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di ‘consultazione’, che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l’ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell’intervento regolatorio;
- l’esigenza di dotarsi – per gli interventi di impatto significativo – di strumenti quali l’analisi di impatto della regolazione-AIR e la verifica *ex post* dell’impatto della regolazione-VIR, strumenti per i quali occorrerà sviluppare modelli *ad hoc* per l’ANAC, sulla scorta di quanto già attualmente fanno le Autorità di regolazione (e secondo quanto già prevedeva l’art. 8, c. 1, d.lgs. n. 163/2006 per l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici);
- la necessità di adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione tramite la concentrazione in “testi unici integrati” di quelle sulla medesima materia (*best practice* ormai diffusa presso le principali Autorità di regolazione, *in primis* quella per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico): tale strumento appare significativamente necessario per il settore degli appalti allo scopo di evitare il rischio di proliferazione delle fonti che si volevano ridurre e di perdita di sistematicità ed organicità dell’ordinamento di settore, violando in sede attuativa il vincolo a una “*drastica riduzione*” dello stock normativo imposto dalla lett. d) della delega.

In terzo luogo, tale ricostruzione consente anche la realizzazione, per gli “atti di regolazione” dell’ANAC, di forme di adeguata pubblicità: certamente sul sito della stessa Autorità, che andrà appositamente strutturato, ma anche per una pubblicità sulla Gazzetta Ufficiale, altamente opportuna, in ragione

della trasversalità della materia dei contratti pubblici e della latitudine dell'ambito applicativo dei provvedimenti *de quibus*.

In quarto luogo, pur in assenza del parere obbligatorio del Consiglio di Stato ex art. 17, l. n. 400/1988, si rileva che tale sostegno consultivo resta pur sempre possibile in via facoltativa, sotto forma di quesito, sia in ragione della generalità delle questioni e dell'impatto *erga omnes* dei provvedimenti, sia per analogia con l'art. 17, c. 25, l. 15 maggio 1997 n. 127, che prevede il parere obbligatorio del Consiglio sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni dei Ministeri.

Per ultimo, ma non da ultimo, resta confermata la piena giustiziabilità delle linee guida dell'ANAC di fronte al giudice amministrativo, peraltro affermata chiaramente già dalla legge delega (lett. t).

In tal senso dispone espressamente l'art. 213, c. 2, a tenore del quale, l'ANAC, per le linee guida:

- si dota di forme e metodi di consultazione;
- -si dota di forme e metodi di analisi e di verifica di impatto della regolazione;
- consolida le linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia;
- provvede all'adeguata pubblicità, anche sulla G.U.;
- assicura la qualità della regolazione;
- assicura il divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge delega e dal codice.

Il parere del Consiglio di Stato aveva anche osservato in relazione alle linee guida sulla qualificazione degli operatori economici (artt. 83 e 84) che si tratta di materia intrinsecamente normativa, da affidare alle linee guida ministeriali⁵.

⁵ Si legge nel parere sub art. 83: *“Il comma 2 affida all'ANAC la disciplina (caratterizzata da generalità e astrattezza) di rilevanti aspetti sostanziali in tema di selezione dei candidati, caratteri del sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento e requisiti e capacità che devono essere posseduti dal concorrente, integrando una parte rilevante della materia disciplinata e incidendo altresì su specifici status soggettivi. Si tratta di materia intrinsecamente normativa, che completa il dettato delle disposizioni di rango primario e che andrebbe più propriamente affidata alla sede regolamentare, con le relative implicazioni anche in termini di garanzie procedurali.*

Alla luce di quanto osservato nella parte generale (sub II.g)), si demanda al Governo di valutare se riconfermare il riparto di attribuzioni del presente articolo, ovvero modificarlo affidando una parte di tale materia ai decreti ministeriali adottati su proposta dell'ANAC, lasciando comunque all'ANAC il

Il testo finale lascia tali linee guida all'ANAC, ma le rafforza con la previsione del parere delle Camere.

Si crea così un quarto genere di linee guida, non previsto dalla delega, che sembra porre qualche dubbio di costituzionalità per violazione ed eccesso di delega, oltre che far riflettere sul piano quanto meno dell'opportunità che un organo costituzionale quale il Parlamento renda parere ad un organo che, per quanto indipendente, non ha rango costituzionale, con le ulteriori implicazioni nel caso in cui l'ANAC si scosti dal parere (obbligatorio ma mai vincolante) delle Commissioni parlamentari.

8) Il divieto di *gold plating* tra competitività e valori costituzionali

Il nuovo codice dovrà da subito districarsi tra il partito di chi voleva meno *gold plating* e quello di chi ne voleva di più.

Sembra, tuttavia, che legge delega e codice abbiano raggiunto un più che ragionevole punto di equilibrio tra spinte ordoliberaliste e esigenza di assicurare un corretto funzionamento delle amministrazioni pubbliche italiane, non ancora munite di tutti gli anticorpi necessari per gestire gli appalti in una logica di amministrazione moderna, discrezionale e responsabile.

Le tre direttive, come di consueto, contengono:

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

La legge delega da un lato impone al Governo il divieto di *gold plating* e il recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle direttive, dall'altro

sistema di premialità e penalità del comma 10, nonché la disciplina delle SOA di cui al successivo art. 84, secondo quanto già previsto dall'abrogando d.lgs. n. 163/2006.

In tale seconda ipotesi, le competenze attribuite all'ANAC in tema di qualificazione avrebbero comunque piena esplicazione attraverso il potere di proposta, che costituisce tipico atto che predetermina il contenuto del provvedimento finale.”.

contiene essa stessa criteri di maggior rigore rispetto alle direttive.

Si tratta di una opzione politica che non dà adito a dubbi di legittimità costituzionale o eurounitaria.

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

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

Così, in termini generali, il maggior rigore nel recepimento delle direttive deve, da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza; dall'altro lato ritenersi giustificato (quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE (*“Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri”*).

Proprio in materia di appalti pubblici, la stessa Corte giust. UE ha più volte affermato che *“va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza (...). Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati”* [da ultimo C. giust. UE 22.10.2015 C-425/14, proprio in tema di normativa antimafia italiana e ulteriori oneri che essa determina in ordine alle gare di appalto, dove si è affermato che *“una misura quale l'obbligo di dichiarare l'accettazione di un tale protocollo di legalità appare idonea a rafforzare la parità di trattamento e la trasparenza*

nell'aggiudicazione di appalti. Inoltre, poiché incombe su qualsiasi candidato od offerente indistintamente, detto obbligo non viola il principio di non discriminazione. Tuttavia, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, una siffatta misura non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito”].

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

Il Consiglio di Stato, nel suo parere, ha rilevato che l'art. 1, lett. a), della legge delega, nel porre il divieto di *gold plating*, ha richiamato i c. 24-ter e quater dell'art. 14, l. n. 25672005, e che il richiamo del c. 24-quater dell'art. 14, l. n. 246/2005, lascia spazio, in sede di recepimento delle direttive, alla possibilità di una limitata deroga al divieto di introdurre una regolamentazione più severa, purché nell'AIR si motivino le circostanze eccezionali della deroga. Tanto giustifica il maggior rigore per cui ha optato il delegato, ad es., in tema di subappalto e di avvalimento negli appalti relativi ai beni culturali.

Lo stesso parere del Consiglio di Stato ha consigliato un maggior rigore negli appalti sotto soglia (art. 36) e quanto ai requisiti morali (art. 80), cui ha aderito il testo definitivo del codice.

Il parere del Consiglio di Stato ha poi ricordato che il divieto di *gold plating* posto dalla legge delega costituirà principio vincolante anche in sede di adozione degli atti attuativi del codice.

9) La completezza e correttezza del recepimento

Non tutti i principi di delega sono stati compiutamente recepiti.

Il citato parere del Consiglio di Stato ha rilevato che il non recepimento di una delega o di parte di essa rientra nella scelta politica del Governo, nel suo rapporto con il Parlamento.

Resta tuttavia fermo che, secondo consolidato orientamento, il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere (*one shot*).

Il mancato esercizio non può essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi, nei quali sono appunto consentite solo “correzioni”, a seguito di un periodo di “sperimentazione applicativa”, relative alle parti di delega già

esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, delle delega⁶.

Non risultano recepiti i principi di delega sulle concessioni del servizio idrico, e sulle concessioni relative agli approvvigionamenti industriali in autoconsumo elettrico da fonti rinnovabili nel rispetto del diritto dell'Unione europea”, nonché sui conti correnti dedicati.

Quando alla correttezza del recepimento, il parere del Consiglio di Stato aveva segnalato alcune disposizioni di dubbia conformità alla delega (in tema di appalti sotto soglia, dibattito pubblico, gold plating per il dialogo competitivo, onerosità del soccorso istruttorio), che sono state quasi tutte corrette nel testo finale.

E' rimasta l'onerosità del soccorso istruttorio, che non sembra conforme alla lett. z) della legge delega.

Residua un dubbio di costituzionalità in ordine alla nuova tipologia di linee guida sulla qualificazione, come osservato nel paragrafo che precedere dedicato alle linee guida.

10) Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni

C'è un tema di fondo, e irrisolto, ed è la molteplicità dei soggetti normatori nel contesto italiano, che complica un quadro già complesso di suo.

Considerate le competenze legislative esclusive delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano, che non saranno toccate dalla riforma costituzionale *in itinere*, gli operatori economici, in Italia, potenzialmente potrebbero misurarsi con sette codici dei contratti pubblici, oltre alle ulteriori 15 legislazioni delle altre 15 Regioni.

E, tutto ciò, in chiara controtendenza con il sistema eurounitario che tende a una legislazione unitaria e verticistica degli appalti e concessioni pubblici.

Il nuovo codice opta per una formulazione generica in ordine al riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni, a differenza del precedente, che conteneva una puntuale ricognizione degli aspetti disciplinatori riconducibili

⁶ Oltre al citato parere del Consiglio di Stato, v. anche Corte cost. 26 giugno 2001 n. 206; Cons. St., ad. gen., 6 giugno 2007 n. 1; Cons. St., sez. norm., 9 luglio 2007 n. 2660/07; Id., 5 novembre 2007 n. 3838/07; Id., 26 luglio 2011 n. 2602.

alla competenza statale o regionale.

Si tratta di una scelta da condividere in quanto il codice viene varato nel vigore dell'attuale art. 117 Cost., destinato ad essere modificato nell'ambito della riforma costituzionale *in itinere*.

E, del resto, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che, ai fini dell'inquadramento di una determinata regolazione in uno degli ambiti materiali definiti dall'art. 117 Cost., l'"auto-qualificazione" eventualmente operata dal legislatore non assume rilevanza, ed è dunque tutt'al più superflua.

Il codice, riprendendo l'impostazione delle direttive e del codice vigente, detta una disciplina generale distinta in due fasi dei contratti pubblici: la prima fase ha natura amministrativa ed è rappresentata dalle procedure di scelta del contraente che devono svolgersi nel rispetto di regole puntualmente definite; la seconda fase ha natura negoziale ed è costituita dal momento di conclusione del contratto e attuazione del rapporto contrattuale.

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

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

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

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

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

La Corte costituzionale ha escluso, pertanto, che possa configurarsi, in tale ambito, una disciplina generale di matrice regionale, ammettendo soltanto che, "in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico", possano "*residuare in capo alla pubblica amministrazione poteri riferibili, tra l'altro, a specifici*

aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva”.

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

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

Una posizione peculiare occupa la disciplina delle “opere strategiche”: in questo caso viene in rilievo una materia di competenza concorrente ai sensi del c. 2 dell’art. 117 Cost., con la conseguenza che l’intervento del legislatore statale si giustifica, per la presenza di esigenze unitarie, in applicazione del principio di sussidiarietà legislativa, che impone il rispetto del principio di leale cooperazione con le autonomie regionali [Corte cost. n. 303/2003].

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

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

Il mutamento del quadro costituzionale rafforzerà ulteriormente la

competenza statale esercitata nell'adozione del presente codice.

Si osserva, infine, che nonostante la Corte cost. n. 401/2007 abbia dichiarato a suo tempo illegittimo l'art. 84 d.lgs. n. 163/2006 nella parte in cui, quanto alla composizione delle commissioni di gara, si applicava anche alle Regioni, pare costituzionalmente legittima e applicabile anche nelle Regioni ordinarie la nuova disciplina delle commissioni di gara, che accentra presso l'ANAC la tenuta del relativo albo, per gli appalti sopra soglia.

Si tratta di un indubbio strumento che si aggiunge agli altri che l'ordinamento appronta per la prevenzione e la lotta alla corruzione e alla infiltrazione criminale nella gestione delle gare pubbliche. Rispondendo la norma a finalità di trasparenza e prevenzione di illeciti penali, la stessa può essere ricondotta sia all'ordine pubblico che alla tutela della concorrenza e non può dirsi afferente a profili strettamente organizzativi, che come tali, a legislazione costituzionale oggi vigente, rientrerebbero nella competenza legislativa regionale.

11) Struttura del codice

Il codice, come detto, consta di 220 articoli e XXV allegati.

E' diviso in sei Parti:

- la parte prima dedicata all'ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni (artt. 1-34);
- la parte seconda dedicata ai contratti di appalto per lavori, servizi e forniture, comprensiva sia della disciplina degli appalti nei settori ordinari che di quella degli appalti nei settori speciali, oltre che della disciplina di appalti in specifici settori, quali gli appalti relativi a beni culturali, gli appalti della protezione civile, gli appalti nei servizi sociali, i concorsi di progettazione, gli appalti relativi a difesa e sicurezza (artt. 35 -163);
- la parte terza dedicata alle concessioni (artt. 164-178);
- la parte quarta dedicata al partenariato pubblico e privato e al contraente generale (artt. 179-199);
- la parte quinta dedicata a infrastrutture e insediamenti prioritari (artt. 200 – 203);
- la parte sesta recante disposizioni finali e transitorie, dove sono collocate anche le disposizioni sul contenzioso (rito appalti, transazione, accordo bonario, arbitrato, altri rimedi paragiurisdizionali) (artt. 204-220).

La collocazione sistematica ha inteso seguire in modo dinamico la procedura di affidamento, partendo da ambito ed esclusioni, passando per la disciplina delle stazioni appaltanti, la tipologia di procedure, i bandi e inviti, la commissione di gara, la qualificazione dei concorrenti, i criteri di selezione delle offerte, l'aggiudicazione, il subappalto, la fase esecutiva.

In realtà la sistematica prescelta dà luogo a svariati dubbi, sia sul piano, più dogmatico, della correttezza stilistica e della tecnica di redazione del codice, sia sul piano, più pratico, della corretta individuazione delle norme applicabili al di fuori dell'archetipo dei settori ordinari.

Sul piano stilistico, si rileva sia la disomogeneità quantitativa delle varie "Parti" (quella sulle infrastrutture prioritarie consta di soli tre articoli, quella degli appalti ordinari e nei settori speciali di oltre cento), sia la duplicazione delle rubriche di molti articoli, che, collocati in parti diverse, hanno lo stesso nome⁷, sia la dubbia scelta stilistica di collocare il contezioso tra le disposizioni finali e transitorie.

Sul piano contenutistico, non è di immediata comprensione e richiede continui sforzi esegetici l'ambito delle disposizioni applicabili ai settori speciali.

La tecnica seguita dal codice previgente è stata di dettare una disciplina – archetipo per i settori ordinari, e poi una disciplina specifica per i settori speciali, individuata con una doppia tecnica: da un lato mediante rinvio-elenco alle disposizioni dettate per i settori ordinari e applicabili ai settori speciali, dall'altro con le disposizioni specifiche.

Il nuovo codice segue un sistema ben più complesso.

Infatti appalti nei settori ordinari e speciali sono accomunati in un'unica parte, però in questa unica parte gli appalti nei settori speciali sono contenuti in una sezione a sé stante (artt. 114-139).

Però in questa sezione manca un unico articolo di ricognizione e rinvio, e gli artt. 114, 122, 123, 124, 127 fanno svariati rinvii a disposizioni dettate per i settori ordinari.

⁷ Il parere del Consiglio di Stato, in parte qua rimasto inascoltato, aveva chiesto che gli articoli avessero rubriche individualizzate, e non corrispondenti a quelle di altri articoli del medesimo codice, v. ad. es.: artt. 1 e 164, entrambi rubricati "oggetto e ambito di applicazione"; artt. 59 e 123, entrambi rubricati "scelta delle procedure"; artt. 75 e 131, entrambi rubricati "Inviti ai candidati"; artt. 105 e 174, entrambi rubricati "subappalto"; artt. 99 e 139, entrambi rubricati "relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti"; artt. 102 e 150, entrambi rubricati "collaudo").

Inoltre norme specifiche per i settori speciali sono disseminate in articoli dettati principalmente per i settori ordinari (v. art. 36, c. 8, per gli appalti sotto soglia delle imprese nei settori speciali; art. 77 c. 13 per le commissioni di gara).

12) Quadro di sintesi delle principali novità

Le novità possono essere colte sia dal punto di vista dei nuovi istituti di derivazione comunitaria, sia dal punto di vista delle ulteriori novità prescritte dalla legge delega.

Sotto il primo fronte, vengono recepiti tutti i nuovi istituti di derivazione comunitaria, conseguentemente:

- vi è una più dettagliata disciplina delle centrali di committenza, anche ausiliarie, e transfrontaliere;
- vi è una implementazione del dialogo competitivo e di istituti innovativi quali il partenariato per l'innovazione, le consultazioni preliminari di mercato;
- vi è una disciplina sistematica anche delle concessioni di servizi;
- vi è un ampio utilizzo dell'informatica, sia come forma di comunicazione e gestione di tutte le procedure (in prospettiva destinata a sostituire ogni altra forma di comunicazione), sia come tipologia di procedura (sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione);
- viene introdotto il documento di gara unico europeo;
- viene recepito l'avvalimento nelle ampie potenzialità consentite dal diritto comunitario, salvo che per gli appalti relativi ai beni culturali;
- il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) diventa la regola generale, restando residuale il criterio del prezzo più basso;
- vi è un'analitica e minuziosa disciplina dei contratti misti;
- sono ampiamente valorizzati i criteri ambientali e sociali nell'aggiudicazione degli appalti;
- vi è una disciplina generale dei conflitti di interesse;
- sono recepite le disposizioni comunitarie sulla "risoluzione del contratto", in realtà una vera e propria autotutela pubblicistica, secondo le categorie giuridiche dell'ordinamento italiano.

Sotto il secondo fronte, in ossequio ai principi di delega, e in una prospettiva di maggiore trasparenza e prevenzione della corruzione, le novità principali sono:

- la qualificazione delle stazioni appaltanti;
- l'obbligatorio ricorso alle centrali di committenza, in alternativa alla qualificazione, e in alcuni casi a prescindere dalla possibilità astratta di conseguire la qualificazione;

- l'albo dei commissari di gara, istituito presso l'ANAC, cui attingere mediante sorteggio per i commissari di gara per gli appalti sopra soglia, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'OEPV;
- la qualificazione degli operatori economici ancorata anche al *rating* di legalità, al *rating* di impresa, ai criteri reputazionali;
- la separazione tendenziale tra progettazione ed esecuzione;
- il dibattito pubblico;
- una disciplina cornice del partenariato pubblico privato contrattuale;
- regole per gli affidamenti *in house*;
- il divieto di affidare al contraente generale i compiti di r.u.p. e direttore dei lavori;
- un regime di maggior rigore per le concessioni autostradali, e per gli obblighi di esternalizzazione in capo ai concessionari scelti senza gara;
- controlli per gli appalti segreti;
- disciplina per gli appalti della protezione civile;
- disciplina dei contratti esclusi e sotto soglia improntata a principi di trasparenza;
- disciplina di strumenti precontenziosi e regole processuali volte a ridurre il tasso di conflittualità nel settore.

Nei paragrafi che seguono si illustreranno le novità più significative e di sistema.

Sin da ora si osserva che le novità ulteriori derivante dalla legge delega rispetto alle direttive comunitarie, costituiscono un “combinato disposto” destinato a fare sistema per scongiurare le criticità che sinora il mondo degli appalti pubblici ha evidenziato: proliferare delle stazioni appaltanti, incapacità tecnica delle stesse, operatori economici poco rispettosi dell'etica professionale, complessità burocratica, “relazioni pericolose” tra funzionari delle stazioni appaltanti e operatori economici, infiltrazioni criminali, pratiche corruttive.

13) Questioni generali: soglie, stazioni appaltanti, fasi delle procedure di affidamento, proposta di aggiudicazione e aggiudicazione, standstill, esecuzione d'urgenza in corso di standstill

Le soglie sono, anzitutto e come di consueto, quelle comunitarie, che determinano l'applicazione delle direttive comunitarie e del diritto nazionale che costituisce loro recepimento.

Le soglie comunitarie sono indicate nell'art. 35, che indica anche i metodi di calcolo del valore stimato degli appalti.

Le soglie vengono sempre espresse in termini di “importo pari o superiore a”, laddove il sotto soglia va inteso in termini di “importo inferiore a”.

Su tale terminologia il parere del Consiglio di Stato si è soffermato in relazione a molti articoli, che non sempre la rispettavano ingenerando confusione interpretativa.

Altre soglie sono stabilite autonomamente dal legislatore nazionale a svariati fini; a titolo di esempio e senza pretesa di esaustività:

- sono lavori complessi quelli che superano la soglia di 15 milioni di euro (art. 3, lett. oo);
- soglie di venti milioni e un milione di euro sono fissate ai fini di individuare le competenze ad effettuare le verifiche dei progetti (art. 26);
- la soglia di 40.000 euro è il limite degli affidamenti diretti (artt. 31 e 36), nonché della non necessità di qualificazione per le stazioni appaltanti per affidare servizi o forniture (art. 37) e della possibilità di affidare con il criterio del prezzo più basso i servizi di ingegneria, architettura e natura tecnica (art. 95);
- le soglie di 150.000 e 1 milione di euro rilevano, per i lavori, ai fini delle procedure semplificate di affidamento (art. 36);
- la soglia di 150.000, per i lavori, rileva come limite al di sotto del quale non occorre la qualificazione SOA, e come limite entro cui le stazioni appaltanti possono fare gare senza essere qualificate;
- la soglia di 100 milioni di euro è uno dei presupposti della garanzia di esecuzione di lavori di particolare valore (ex garanzia globale di esecuzione) (art. 104);
- la soglia di 200.000 euro è il limite per gli affidamenti diretti di somma urgenza (art. 163).

Quanto ai soggetti, si conferma la previgente terminologia e definizioni, quanto a amministrazioni aggiudicatrici (nel cui *genus* rientrano, poi, anche alcune specifiche tipologie cui sono riferite specifiche norme, quali le autorità governative centrali, le amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali, gli organismi di diritto pubblico), enti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori, altri soggetti aggiudicatori stazioni appaltanti (art. 3, rispettivamente lettere a), b), c) d), e), f), g), o), con l'aggiunta della joint venture, della centrale di committenza, del soggetto aggregatore (art. 3, rispettivamente lettere h), i), n).

Nella nozione di stazione appaltante rientrano le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori, i soggetti aggiudicatori, gli altri soggetti aggiudicatori.

Nella parte II, che contiene disposizioni comuni, occorre sempre verificare se i soggetti menzionati sono le stazioni appaltanti (comprehensive delle quattro tipologie sopra viste), ovvero solo le amministrazioni aggiudicatrici, ovvero specifiche tipologie soggettive.

Il parere del Consiglio di Stato ha fatto svariati rilievi sull'ambito soggettivo

di talune disposizioni, che sono state conseguentemente modificate.

Su suggerimento del parere del Consiglio di Stato, la vecchia terminologia che distingueva aggiudicazione provvisoria e definitiva viene abbandonata. Si parla ora di “proposta di aggiudicazione” (a scolpirne la natura non provvedimentale e non lesiva) e di “aggiudicazione” *tout court* (art. 32).

Si è però sentito il bisogno, non necessario invero, di esplicitare nel novellato art. 120 c.p.a. che è inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione. La previsione, se non interpretata come inutile, va interpretata come illegittima, perché: la proposta di aggiudicazione non è immediatamente e autonomamente impugnabile, ma è pur sempre impugnabile unitamente all'aggiudicazione facendo valere, per quest'ultima, vizi di invalidità derivata. Perciò la previsione va letta come se dicesse che la proposta di aggiudicazione non è immediatamente e autonomamente impugnabile.

Va da sé che negli artt. 120 e ss. del c.p.a. ogni riferimento all'aggiudicazione definitiva deve intendersi fatto all'aggiudicazione *tout court*.

L'art. 32 contiene anche la disciplina dello *standstill*, con un ampliamento delle deroghe rispetto alle precedenti.

Si aggiunge infatti “il caso di affidamenti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 affidati ai sensi dell'art. 36, c. 2, lettere a) e b)”. Nella bozza originaria si parlava di acquisti e non di affidamenti, e il parere del Consiglio di Stato aveva rilevato che l'espressione “acquisti” induce a ritenere che si sia inteso fare riferimento alle sole “forniture” sotto soglia comunitaria (v. art. 3, lett. tt) sulla definizione dell'appalto di forniture), anche se il rinvio all'art. 36, c. 2, lett. a) e b) (che contengono anche servizi e forniture), potrebbe portare a una interpretazione più estesa, comprensiva dei lavori fino a 150.000 euro e dei servizi sotto soglia.

Si era suggerito di sostituire l'espressione “acquisti” con quella “forniture” al fine di fugare ogni dubbio interpretativo.

Con la locuzione affidamenti, alla fine prevalsa, è invece ora chiaro che tutti gli affidamenti sotto soglia nei limiti di importo delle lett. a) e b) dell'art. 36, sono sottratti allo *standstill* (si tratta dei lavori di importo inferiore a 150.000 euro e di servizi e forniture sotto soglia comunitaria).

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

Tuttavia, ad avviso del parere del Consiglio di Stato, il termine di *standstill* ha un effetto immediato e diretto sulla possibilità di tutela giurisdizionale, e pertanto una deroga generalizzata per le forniture sotto soglia rischia di

creare una disparità di trattamento sul piano della tutela giurisdizionale. Il legislatore italiano ha sinora optato per una soluzione normativa uniforme, quando si tratta di tutela giurisdizionale, a prescindere dall'essere l'appalto sopra o sotto soglia.

L'esecuzione d'urgenza nelle more della stipula del contratto, che sinora non era consentita durante il periodo di standstill, in funzione di evitare l'elusione delle regole sullo standstill, è ora possibile durante tale fase (art. 32, c. 8). Il Consiglio di Stato aveva rilevato il rischio di elusioni delle regole comunitarie.

14) Trasparenza, accesso, comunicazioni, informatizzazione, bandi tipo (artt. 29, 44, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 71, 76)

Le direttive, già di per sé, sono molto puntuali e dettagliate sulle regole relative a pubblicità e comunicazioni, termini minimi.

Trasparenza, informatizzazione, standardizzazione delle procedure, sono fondamentali antidoti contro pratiche corruttive:

- assicurando la trasparenza maggiore controllo pubblico;
- comportando la informatizzazione la riduzione sia di spazi discrezionali, sia la stessa possibilità di contatto fisico tra stazioni appaltanti e operatori;
- implicando la standardizzazione la riduzione, se non eliminazione, di eccezioni ben note (quali bandi fotografia).

Il nuovo codice affronta questi temi oltre che mediante il recepimento delle direttive, mediante ulteriori disposizioni particolarmente puntuali e innovative, purtroppo non inserite in un'unica sezione.

Quanto a **trasparenza, accesso, comunicazioni**, vengono in rilievo:

- l'art. 29 che reca principi generali sulla trasparenza, ed è collocato nella parte I del codice; esso va coordinato con il codice della trasparenza, espressamente richiamato, e impone la pubblicità di tutti gli atti delle procedure di affidamento sul sito delle stazioni appaltanti, nella sezione amministrazione trasparente, e inoltre sulla piattaforma digitale ANAC e sul sito del MIT; nell'art. 29 vi è anche la regola fondamentale, per il contenzioso, della pubblicità tempestiva del provvedimento che reca le ammissioni e le esclusioni dalla gara, atto che, come si vedrà, deve essere immediatamente impugnato, senza potersi più attendere l'aggiudicazione;
- l'art. 53 relativo all'accesso agli atti di gara; viene sostanzialmente ricalcata la previgente disciplina quanto a differimento dell'accesso e atti sottratti all'accesso;
- l'art. 76, relativo alle informazioni a candidati e offerenti, rivolte a ciascun candidato e offerente, in aggiunta alla pubblicità sul profilo di committente e sugli altri siti. In tale articolo, su specifico suggerimento del contenuto nel

parere del Consiglio di Stato, è stata inserita una disposizione di raccordo con il nuovo rito contenzioso su ammissioni e esclusioni. Si è infatti previsto che ferma la pubblicità prevista dall'art. 29, la stazione appaltante deve dare avviso ai concorrenti, a mezzo PEC, del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla procedura, in relazione ai requisiti morali e a quelli di qualificazione, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti (art. 76, c. 3).

Quanto alla informatizzazione, vengono in rilievo:

- l'art. 44, relativo alla digitalizzazione delle procedure che ipotizza che entro un anno, con apposito decreto ministeriale, verranno definite le modalità per la digitalizzazione di tutte le procedure dei pubblici appalti, assicurando interconnessione e interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni;
- l'art. 52, sulle regole applicabili alle comunicazioni, in base al quale la regola è il mezzo di comunicazione elettronica, l'eccezione sono gli altri mezzi di comunicazione, con una maggiore possibilità di mezzi diversi per le concessioni;
- gli artt. 55, 56, 57, 58, rispettivamente dedicati a procedure di gara che si svolgono per via telematica (sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, procedure svolte mediante piattaforme telematiche di negoziazione).

Quanto ai **bandi tipo**, si demanda all'ANAC la redazione di bandi tipo, "al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte". Tali bandi tipo sembrano vincolanti, in quanto è previsto che i bandi concreti sono redatti in conformità ad essi (art. 71).

Resta affidata ai bandi tipo la questione dell'*opting out* motivato da parte dei singoli bandi.

Peraltro non è prevista alcuna *dead-line* per l'adozione dei bandi tipo da parte dell'ANAC, e dunque c'è il rischio che essi possano non essere tempestivi. I bandi tipo erano già stati prescritti dal codice previgente, a cura dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, e non furono mai adottati, in disparte un primo generico atto che più che un bando tipo era un riassunto sui requisiti di partecipazione dei concorrenti.

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

Il nuovo (per la legislazione statale) istituto del dibattito pubblico, già peraltro introdotto da molte leggi regionali e diffuso in ordinamenti stranieri, è uno strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto.

Uno strumento di partecipazione democratica che in prospettiva assicura una maggiore accettazione sociale dell'opera, previene contenzioso, accelera la realizzazione dell'opera stessa.

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

Il dibattito pubblico viene imposto sia alle amministrazioni aggiudicatrici che agli enti aggiudicatori, dunque anche nei settori speciali.

Il c. 1 della disposizione enuncia l'obbligo di pubblicazione sul profilo di committente dei progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse.

Il c. 2 demanda ad un decreto del PCM l'individuazione delle tipologie e delle soglie dimensionali di opere per le quali il dibattito pubblico è obbligatorio, nonché le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della medesima procedura.

L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore proponente l'opera soggetta a dibattito pubblico indice e cura lo svolgimento della procedura esclusivamente sulla base delle modalità individuate dal decreto di cui al c. 2. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico.

Il parere del Consiglio di Stato aveva rilevato lacune nella disciplina in quanto, mentre la delega sembra porre come obbligatorio il dibattito pubblico per tutti i "grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, la città o l'assetto del territorio", l'art. 22 demanda ad un futuro decreto la individuazione dei casi di dibattito pubblico obbligatorio.

Il codice si è solo parzialmente adeguato al rilievo, sostituendo l'iniziale d.m. con un d.P.C.M. e fissando un termine per l'emanazione (un anno) che prima mancava.

Resta tuttavia che la disciplina del dibattito pubblico non è allo stato operativa, essendo differita nei suoi contenuti essenziali ad un futuro atto attuativo.

Non sono nemmeno regolati, e vi dovrà provvedere il d.P.C.M. con una delega sostanzialmente in bianco, i tempi e le modalità con cui i portatori di interessi e i comitati di cittadini dovranno manifestare l'interesse a partecipare.

La disposizione del c. 1 sembra in particolare consentire la formazione di comitati *ad hoc* e dunque appare porsi in una prospettiva di superamento dei



principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in materia, secondo cui la rappresentatività ed effettività degli organismi esponenziali di interessi collettivi va apprezzata *ex ante*, in base agli obiettivi statutariamente previsti ed all'effettivo svolgimento delle attività di cura di tali interessi. I rischi sono quelli di polverizzazione del dibattito e di ingestibilità dei lavori della conferenza, che la previsione di requisiti di effettività e rappresentatività potrebbe evitare.

16) Qualità della progettazione e separazione tra progettazione ed esecuzione, verifica preventiva dell'interesse archeologico (artt. 23, 24, 25, 95, 180, 183, 194 codice)

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

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

La delega, poi, vieta l'utilizzo del criterio del prezzo più basso nell'affidamento di servizi afferenti all'ingegneria e all'architettura e dei servizi di natura tecnica (art. 1, c. 1, lett. oo), come si è detto in relazione all'art. 95.

La progettazione "interna" sembra molto dequotata, anche in considerazione dell'abolizione dell'incentivo per la progettazione, che resta solo per altre funzioni tecnico-amministrative.

La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico viene accelerata con riduzione del termine a disposizione delle soprintendenze da 90 a 30 giorni, e con ulteriore possibilità di prevedere caso per caso termini più brevi secondo il modello delineato dall'art. 4, l. n. 124/2015 (individuazione annuale, con d.P.C.M., dei procedimenti per i quali disporre l'abbreviazione dei termini sino alla metà).

Resta fermo il principio, già vigente, e faticosamente affermato in chiave proconcorrenziale (superandosi il pregresso divieto di deroga dei minimi tariffari professionali), che la tariffa professionale, ivi compreso il D.M. giustizia specifico per i compensi ai progettisti di opere pubbliche, è un criterio di orientamento non vincolante per le stazioni appaltanti (art. 24, c. 8).

In sede di finanza di progetto e di affidamento a contraente generale si è affermato il principio che il primo livello di progettazione non può essere

affidato a tali soggetti (artt. 183 e 194).

Tuttavia, una falla in questo impianto sembra aprirsi attraverso il partenariato pubblico privato.

Con l'art. 180, infatti, si costruisce un modello generale, una cornice di riferimento per i pppc atipici.

In tale modello generale, si consente che il contratto abbia ad oggetto anche il progetto di fattibilità e il progetto definitivo (art. 180, c. 1).

La disposizione, oltre a creare le premesse per una serie indeterminata di contratti di partenariato pubblico, consente di rimettere al partner privato tutti i livelli di progettazione e non sembra in linea con la legge delega, che considera un'eccezione la progettazione affidata all'esecutore delle opere, vieta l'appalto concorso e limita il ricorso all'appalto integrato (v. lett. oo) della delega).

A tale valutazione inducono anche ulteriori prescrizioni che si rinvengono nella delega, la quale:

sempre al punto oo) prevede *“l'esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare”*;

al punto tt), recita testualmente: *“al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria”*.

17) Conflitti di interesse (artt. 24, 42, 77)

Vengono recepiti i generali principi comunitari contenuti nelle tre direttive, nell'art. 42.

In aggiunta, disposizioni specifiche si rinvengono negli artt. 24, c.3 e 7 e 77, c.4, 5, 6 e 9, rispettivamente quanto alle incompatibilità specifiche per i dipendenti part-time della p.a., per gli affidatari di incarichi di progettazione e per i commissari di gara.

L'art. 24 c. 7 è stato specificamente implementato in accoglimento di un rilievo del parere del Consiglio di Stato, con l'inserimento di una previsione che era stata poco tempo fa messa nel corrispondente articolo del codice del 2006 per scongiurare una procedura di infrazione comunitaria. Si tratta in particolare del “vecchio” art. 90, c. 8-*bis*, inserito della legge europea 2013-bis (l. 30 ottobre 2014, n. 161), a tenore del quale i divieti per gli affidatari di incarichi di progettazione di ricevere in affidamento degli appalti o concessioni di lavori ad essi relativi *“non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori”*. La disposizione ora

richiamata era stata introdotta a fronte di una procedura di infrazione comunitaria [Eu Pilot 4860/13/MARKT]. Inoltre, l'art. 57, c. 4, lett. e), della direttiva 2014/24/UE prevede che non si faccia luogo all'esclusione dell'operatore economico dalla gara quando la situazione di conflitto di interessi in cui versa può essere risolta “*efficacemente con altre misure meno intrusive*” rispetto alla sanzione espulsiva.

18) Centralizzazione della committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti- Commissari di gara (artt. 37 ss.)

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

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

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

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

L'ambito entro cui ciascuna amministrazione può svolgere funzioni di stazione appaltante viene circoscritto sul piano soggettivo, imponendosi alle amministrazioni un onere di conseguire la qualificazione e circoscrivendosi a importi limitati gli appalti che possono essere affidati da amministrazioni non qualificate (forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e lavori di importo inferiore a 150.000 euro).

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

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

Tali livelli di efficienza possono raggiungersi solo in capo a amministrazioni

di adeguate dimensioni, con un corpo di dipendenti specificamente dedicato, formato e costantemente aggiornato.

Sinora, le stazioni appaltanti, sono state prevalentemente in una posizione di intrinseca debolezza nei confronti dei concorrenti, anche a causa di disfunzioni organizzative.

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

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

In estrema sintesi, il sistema di qualificazione delle s.a. sarà affidato all'ANAC, al pari del sistema di qualificazione degli operatori economici, mediante un elenco cui verranno iscritte le centrali di committenza e i soggetti qualificati.

Solo alcuni soggetti sono iscritti di diritto in tale elenco, e si tratta del MIT, compresi i provveditorati interregionali alle opere pubbliche, Consip, Invitalia, i soggetti aggregatori regionali di cui all'art. 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89.

I requisiti di qualificazione saranno stabiliti con un DPCM, su parere di ANAC e Conferenza unificata, e proposta del Ministro delle infrastrutture e trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore codice.

La qualificazione è conseguita in rapporto alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo.

E i requisiti saranno stabiliti 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. Il decreto definirà, inoltre, le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e di eventuale aggiornamento e revoca.

La qualificazione avrà ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti:

- a) capacità di programmazione e progettazione;
- b) capacità di affidamento;

c) capacità di esecuzione e controllo.

Tali requisiti saranno individuati secondo requisiti di base e requisiti premiali.

Saranno requisiti di base:

- 1) strutture organizzative stabili deputate agli ambiti di cui al c. 3;
- 2) presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze in rapporto alle attività di cui al c. 3;
- 3) sistema di formazione ed aggiornamento del personale;
- 4) numero di gare svolte nel triennio con indicazione di tipologia, importo e complessità; numero di varianti approvate, verifica dello scostamento tra importi a base di gara e consuntivo delle spese, rispetto dei tempi delle procedure, di aggiudicazione, di collaudo;
- 5) rispetto dei tempi previsti per i pagamenti degli operatori economici secondo la normativa vigente o secondo gli indici di tempestività di cui all'art. 33, d.lgs. n. 33/2013.

Saranno requisiti premianti:

- 1) valutazione positiva dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità;
- 2) presenza di sistemi di gestione della qualità conformi alla norma UNI EN ISO 9001 degli uffici e dei procedimenti di gara, certificati da organismi accreditati per lo specifico scopo ai sensi del regolamento CE 765/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio;
- 3) disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara;
- 4) livello di soccombenza nel contenzioso;
- 5) applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento

La qualificazione conseguita opera per la durata di cinque anni e può essere rivista a seguito di verifica, anche a campione, da parte di ANAC o su richiesta della stazione appaltante.

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

Anche in parte qua è stato accolto il parere del Consiglio di Stato, sostituendosi il testo in bozza (che lasciava Consip e le altre centrali di committenza sostanzialmente sovrane) con il testo finale in cui si affida ad

un d.P.C.M., da adottarsi entro un anno, la individuazione delle misure di revisione e efficientamento delle procedure, accordi quadro convenzioni utilizzate da Consip, soggetti aggregatori, centrali di committenza. Tali misure saranno finalizzate a migliorare la qualità degli approvvigionamenti, ridurre i costi e tempi delle gare, promuovere un sistema di reti di committenza, per migliorare e incrementare gli affidamenti con procedure telematiche e rendere effettiva la partecipazione delle piccole e medie imprese.

La individuazione delle misure avverrà secondo criteri prefissati dal codice (art. 41, c. 2).

E' previsto anche apposito monitoraggio (art. 41, c. 3).

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

Esso recepisce la lett. hh) legge delega, e costituisce uno dei punti innovativi della riforma degli appalti pubblici, sottraendosi la scelta dei commissari di gara alle stazioni appaltanti, in funzione delle esigenze di trasparenza, imparzialità, competenza professionale dei commissari di gara. Si tratta di un indubbio strumento che si aggiunge agli altri che l'ordinamento appronta per la prevenzione e la lotta alla corruzione e alla infiltrazione criminale nella gestione delle gare pubbliche. Rispondendo la norma a finalità di trasparenza e prevenzione di illeciti penali, la stessa può essere ricondotta sia all'ordine pubblico che alla tutela della concorrenza e non può dirsi afferente a profili strettamente organizzativi, che come tali, a legislazione costituzionale oggi vigente, rientrerebbero nella competenza legislativa regionale (come ha a suo tempo affermato la Corte cost. 19-23 novembre 2007, n. 401 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 84, commi 2, 3, e 8, d.lgs. n. 163/2006 relativi alla composizione e nomina delle commissioni di gara, "nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che le norme in essi contenute abbiano carattere suppletivo e cedevole").

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

Vi è peraltro il rischio che il meccanismo possa essere depotenziato dalla circostanza che per gli appalti sotto soglia le stazioni appaltanti possono non avvalersi dell'albo ANAC.

In via transitoria, fino all'adozione della disciplina ANAC sull'albo dei commissari di gara, le commissioni continuano a essere nominate dalle stazioni appaltanti, ma esse dovranno preventivamente individuare regole di competenza e trasparenza (art. 77, c. 12 e art. 216 c. 12).

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

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

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

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

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

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

Una ulteriore criticità attiene ai requisiti morali dei commissari: l'art. 77, c. 5, , richiama l'art. 35-*bis* d.lgs. n. 165/2001 introdotto dalla legge Severino, dove si fa riferimento alle condanne penali (anche non passate in giudicato) per delitti contro la p.a.

Tuttavia tale tipologia di reati non sembra esaustiva, esistendo altre condanne che incidono sulla moralità di un commissario di gara (i reati di turbativa delle gare di appalto, i reati di falso, i delitti contro l'ambiente, le truffe, le estorsioni, le varie tipologie di associazioni a delinquere).

La lacuna normativa potrebbe essere colmata con le linee guida, atteso che

l'art. 78 demanda ad essa anche i requisiti di moralità (evidentemente ulteriori rispetto a quelli individuati dall'art. 77, c. 5).

19) Requisiti morali, requisiti reputazionali, qualificazione degli operatori economici, *rating* di impresa, premialità e penalità, soccorso istruttorio, avvalimento, coordinamento con la disciplina antimafia (artt. 80, 83, 84)

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

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

Sulle cause di esclusione per difetto di requisiti morali la bozza del codice si era attenuta alle sole cause di esclusione "comunitarie", laddove il testo finale, in accoglimento (parziale) del parere del Consiglio di Stato, ha ripescato alcune cause di esclusione già previste nel previgente art. 38, d.lgs. n. 163/2006 (art. 80).

In particolare, quale vistosa differenza rispetto al previgente art. 38, si segnala che non ogni reato grave incidente sulla moralità professionale è causa di esclusione dalle gare di appalto, ma solo i titoli di reato espressamente menzionati.

Il parere del Consiglio di Stato aveva formulato due suggerimenti, uno principale e uno subordinato: in via principale, ripescare come causa di esclusione la condanna definitiva per qualsivoglia reato incidente sulla moralità professionale, in via subordinata, aggiungere quanto meno, quale causa di esclusione, ogni condanna penale definitiva da cui deriva come pena accessoria l'incapacità di contrarre con la p.a.

E' stata accolta la seconda opzione, minimale, volta a eliminare questioni interpretative, atteso che l'elenco dei reati nominati nell'art. 80, non era esaustivo di tutti quelli che in base al codice penale determinano incapacità di contrarre con la p.a.

Si segnala altresì, rispetto al previgente art. 38, che mentre finora i reati diventavano irrilevanti solo in caso di riabilitazione o altre cause estintive, ora diventano irrilevanti, oltre che per riabilitazione, decorso un periodo massimo temporale (decorrente dal giudicato) (art. 80, c. 10), e quindi

anche a prescindere dalla intervenuta riabilitazione.

Anche in parte qua è stato (parzialmente) accolto un rilievo del Consiglio di Stato, volto a coordinare il recepimento comunitario con l'art. 37 cod. pen. in tema di durata delle pene accessorie.

Infatti, rispetto alla formulazione delle direttive comunitarie, nel vigente ordinamento penale non è previsto che le condanne fissino “*il periodo di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara*”. E' invece prevista la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 32-ter cod. pen.), che ha una portata più ampia, e inoltre il criterio residuale, nel diritto penale, opera solo se nulla dispone la sentenza.

Pertanto nell'art. 80, c. 10, si dispone “*Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tal caso è pari alla durata della pena principale*”.

Purtroppo il testo finale del codice contiene un refuso, avendo omesso tutto il resto del c. 10, che era nel testo preliminare, e che era indispensabile, atteso che si indicava la decorrenza di tale periodo (dal passaggio in giudicato delle condanne di cui al c. 1 dell'art. 80), e che si fissava tale periodo in tre anni dalla data del fatto, per i fatti di cui ai c. 4 e 5 dell'art. 80.

Il parere del Consiglio di Stato aveva chiesto di sostituire solo i primi due righi del c. 10, invece nel testo finale sono stati sostituiti tutti e quattro i righi del comma.

Si delinea perciò *in parte qua* un vuoto e un contrasto con le direttive comunitarie.

Quanto alla qualificazione degli operatori, essa viene rimessa a linee guida ANAC di cui si è detto (art. 84).

Resta per ora confermato il sistema SOA, anche se soggetto da una revisione straordinaria, che potrà sfociare in una sua modifica o superamento (art. 84 c. 3) o in un suo affiancamento con altri sistemi, alternativo o sperimentali, e in vista se del caso di un graduale superamento del sistema SOA (art. 84, c. 12).

Quanto a rating di impresa e requisiti reputazionali, si tratta di sistema da applicarsi ai fini della qualificazione delle imprese. Anche tale sistema è istituito e gestito dall'ANAC. Il sistema è ancorato a requisiti reputazionali che dovranno basarsi su indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, e su accertamenti definitivi che esprimano la capacità strutturale e l'affidabilità dell'operatore economico. I requisiti, i criteri di valutazione, le modalità di rilascio della relativa certificazione, sono rimessi a linee guida dell'ANAC, da vararsi entro il 19 luglio 2016.

In tale sistema sono previste premialità e penalità, e, segnatamente, misure sanzionatorie amministrative nel caso di omessa o tardiva denuncia obbligatoria di richieste estorsive o corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici (ivi compresi subappaltatori e subfornitori). Nei requisiti reputazionali si terrà conto del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'AGCM (v. art. 213, c. 7), dei “precedenti comportamentali” dell'operatore economico, con rispetto dei tempi e costi nell'esecuzione dei contratti e l'incidenza del contenzioso in sede di gara e di esecuzione del contratto (art. 83, c. 10).

Anche *in parte qua* si è tenuto conto del parere del Consiglio di Stato. La versione originaria prevedeva tra i parametri del *rating* di impresa “l'assenza di contenzioso” sia con riferimento alla fase di gara che a quella di esecuzione del contratto (art. 84, c. 4, lett. d) della bozza).

Il parere del Consiglio di Stato aveva rilevato che la giusta esigenza di requisiti reputazionali non potrà andare a scapito dell'insopprimibile diritto costituzionale di azione in giudizio (art. 24 Cost.), potendosi e dovendosi piuttosto stigmatizzare gli abusi del processo perpetrati con liti emulative e condotte processuali dilatorie ma non la proposizione, in sé, di un contenzioso. La versione definitiva del codice non fa perciò più riferimento all'assenza di contenzioso, ma alla incidenza del contenzioso. In sede di atto attuativo, si dovrà ancorare tale parametro alle liti emulative e pretestuose.

Quanto al soccorso istruttorio, la disciplina, introdotta solo di recente (dal d.l. n. 90/2014) appare ancora piuttosto contorta e fonte di dubbi esegetici. Solo in minima parte si sono accolti, in parte qua, i rilievi formulati nel parere del Consiglio di Stato, dove si era osservato che la delega prevede il soccorso istruttorio “non oneroso”, per quanto discutibile tale scelta possa apparire sul piano della deterrenza (lett. z) della delega), e che occorre una puntuale delimitazione delle violazioni essenziali (non sanabili) e non essenziali (sanabili), e che il soccorso non poteva esser limitato alle carenze del documento di gara unico europeo, da un lato, né ampliato genericamente “agli elementi”.

Il testo finale, prevede due tipologie di atti nominati a cui si riferisce il soccorso istruttorio, la domanda e il documento di gara unico europeo, e una tipologia innominata, “gli elementi”.

Riguardo alla domanda, sono sanabili “le carenze di qualsiasi elemento formale”. E già si pone la questione se è sanabile o meno il difetto di sottoscrizione, a seconda che lo si consideri elemento formale o sostanziale.

Con riguardo al DGUE di cui all'art. 85, sono dichiarate sanabili la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale”.

Non è dunque chiaro perché c'è un diverso regime di sanabilità della domanda e del DGUE. E perché deve essere sanabile la radicale mancanza del DGUE.

Non è poi chiaro il riferimento agli “elementi” che sembrerebbero un qualcosa di diverso rispetto alla domanda e al DGUE, atteso che le disposizioni recitano, testualmente:

“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate (...) In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE”.

L'unica cosa che sembra chiara è che non sono sanabili la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale afferenti all'offerta tecnica ed economica.

Inoltre, anziché farsi una distinzione tra vizi essenziali insanabili e vizi non essenziali sanabili, è stata introdotta, all'interno dei vizi essenziali, una partizione tra sanabili e insanabili. Infatti l'ultimo periodo del c. 9 dell'art. 83, dispone che *“Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*.

In disparte ogni rilievo sul riferimento della essenzialità alla “irregolarità” (che in genere nel linguaggio giuridico evoca sempre un vizio minore sanabile), si rileva che in base a tale criterio dovrebbe ritenersi che la mancanza di firma della domanda, non consentendo di individuare il soggetto da cui promana, sia un vizio essenziale non sanabile.

Rimane l'onerosità del soccorso istruttorio, in violazione del criterio puntuale di delega sulla non onerosità, essendo previsto che il concorrente che ha dato causa al vizio è obbligato 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. Vi è comunque una sensibile riduzione (da 50.000 a 5.000 euro) rispetto alla previgente disciplina (contenuta nell'art. 38, c. 2-bis, d.lgs. n. 163/2006).

Il soccorso istruttorio è oneroso sempre che il concorrente se ne avvalga: infatti 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.

Viene poi previsto un regime per vizi formali o afferenti a dichiarazioni non essenziali, per le quali si chiede la regolarizzazione con la stessa procedura, ma a titolo gratuito. Ma anche in tal caso a pena di esclusione in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione (art. 83, c. 9).

In parte qua vi è meno garantismo della disciplina previgente, nella quale per le irregolarità non essenziali si prescindeva dalla regolarizzazione, e dunque le stesse non potevano mai essere causa di esclusione (art. 38, c. 2-bis, d.lgs. n. 163/2006).

Quanto all'avvalimento, se ne ha un recepimento più in linea con il diritto comunitario, non essendosi riprodotte le previsioni sul divieto di avvalimento plurimo e frazionato, mentre resta vietato l'avvalimento a cascata.

Si esplicita che l'avvalimento non riguarda i requisiti morali dell'art. 80, e che per i criteri di qualificazione relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

Non è ammesso l'avvalimento per la qualificazione necessaria per le opere superspecialistiche e per il requisito dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali (art. 89).

L'avvalimento è stato vietato per la qualificazione richiesta per gli appalti relativi ai beni culturali.

Superandosi precedenti contrasti, oggetto anche di rimessione alla C. giust. UE si stabilisce che se l'impresa ausiliaria non ha i requisiti, ciò non determina l'esclusione del concorrente principale, essendo ammessa la sostituzione dell'ausiliaria.

Deve ritenersi anche pienamente ammesso l'avvalimento sia da parte di un raggruppamento temporaneo di imprese ausiliarie terze infra raggruppamento temporaneo, come si evince dal c. 1 dell'art. 89.

Probabilmente il legislatore italiano avrebbe dovuto portare alle estreme conseguenze l'ingresso a pieno titolo dell'avvalimento nell'ordinamento italiano, superando definitivamente la disciplina dei raggruppamenti temporanei, che rischiano di essere una duplicazione inutile e formale, nel contesto della piena libertà di forma dell'avvalimento.

Resta che l'avvalimento è un istituto che mal si adatta al contesto italiano e che continua ad essere malsopportato e mal recepito: infatti appare di dubbia compatibilità comunitaria il divieto di avvalimento per la

qualificazione relativa alle opere superspecialistiche e per il requisito dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali, laddove il diritto comunitario non pone alcun limite alla possibilità di avvalimento per comprovare i requisiti inerenti la capacità economica e finanziaria.

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

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

Una siffatta clausola sarebbe stata auspicabile nelle more di una più approfondito coordinamento del nuovo codice con il d.lgs. n. 159/2011 a sua volta oggetto di continui aggiornamenti normativi, coordinamento da operarsi in sede di decreto correttivo del codice.

20) Le procedure negoziate: contratti esclusi, appalti sotto soglia, appalti della protezione civile (artt. 1, 4, 36, 63, 163)

E' storia nota che le procedure negoziate "in deroga" sono uno dei più fertili terreni di coltura delle pratiche corruttive e clientelari.

Il parere del Consiglio di Stato aveva auspicato prudenza, quanto meno iniziale, nel tasso di semplificazione delle procedure degli affidamenti sotto soglia. Semplificazione che può tradursi in una perdita di concorrenza e partecipazione, atteso anche l'elevato valore complessivo delle commesse sotto soglia rispetto al totale degli appalti aggiudicati in Italia.

Tale elevato valore complessivo è anche l'effetto della scelta politica, in sé pienamente legittima, di valorizzare la divisione in lotti al fine di agevolare la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese.

Le opzioni regolatorie fatte dalla delega e dal delegato in relazione ai contratti sotto soglia, nel loro "combinato disposto" di mezzi di semplificazione, rischiano tuttavia di creare una zona franca, dove la vigilanza dovrà necessariamente essere rinforzata.

Vediamo questo combinato disposto:

- gare per lotti, con la possibilità di derogare al criterio ordinario di calcolo del valore dell'appalto (che esigerebbe di sommare il valore dei singoli lotti), e di indire gare per singoli lotti, nel caso di lotti di importo inferiore a 80.000 euro per servizi e forniture e inferiore a 1.000.000 di euro per lavori (valori al netto dell'IVA) (artt. 36, c. 11 e 51);
- non necessità delle qualificazione delle stazioni appaltanti per gli

affidamenti di servizi e forniture di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro (art. 37, c. 1);

- non necessità dell'utilizzo dell'albo dei commissari di gara ANAC per tutti gli affidamenti sotto soglia con il criterio dell'OEPV e per tutti gli affidamenti con il criterio del prezzo più basso (art. 77, c. 1);

- utilizzabilità del criterio del prezzo più basso per i servizi di ingegneria, architettura, e natura tecnica di importo fino a 40.000 euro, per i lavori fino a 1.000.000 di euro, per tutti i servizi e le forniture sotto soglia caratterizzate da elevata ripetitività (art. 95, c. 3 e 4);

- derogabilità dello *standstill* per i lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria (art. 32, c. 10, lett. b), in combinato con l'art. 36, c. 2, lett. a) e b);

- affidamenti diretti in caso di somma urgenza fino a 200000 euro per i lavori (art. 163, c. 1)

Il parere del Consiglio di Stato aveva evidenziato una violazione della legge delega quanto al numero minimo di concorrenti da invitare nelle procedure sotto soglia (art. 36), e fatto puntuali rilievi sugli appalti della protezione civile, quanto alla procedura di somma urgenza, per la quale non vi erano limiti di soglia, e non vi erano parametri specifici in ordine agli eventi già verificatisi, o semplicemente previsti, posti a giustificazione della deroga alle procedure di gara (artt. 63 e 163).

Il parere aveva altresì auspicato che nei contratti esclusi (art. 4) i principi generali di trasparenza e concorrenza venissero declinati anche attraverso la previsione di un numero minimo di candidati da invitare alla procedura informale, come era previsto nell'art. 27, d.lgs. n. 163/2006.

Aveva chiesto l'espunzione di una clausola di salvaguardia di previgenti discipline speciali (art. 1, ult. c.).

Aveva invitato a maggiore ponderazione delle norme sulla deroga allo *standstill* e sulla deroga al ricorso all'albo dei commissari di gara.

Nel testo finale del nuovo codice è stata accolta una parte dei rilievi del parere del Consiglio di Stato.

In particolare:

- scompare, nell'art. 1 (era l'ultimo comma nel testo preliminare), la salvezza di "tutte le speciali disposizioni vigenti in materia per le amministrazioni, gli organismi e gli organi dello Stato dotati di autonomia finanziaria e contabile";

- per i contratti sotto soglia, anche in ossequio agli altri pareri, l'affidamento diretto o amministrazione diretta si applica ad importi inferiori a 40.000 euro; per importi pari o superiori 40.000 e inferiori 150.000 euro quanto ai lavori, e per importi inferiori alle soglie comunitarie per servizi e forniture,

la procedura negoziata avviene consultando almeno 5 operatori economici, per lavori di importo pari o superiori a 150.000 euro e inferiori a 1 milione di euro, consultando almeno 10 operatori economici. Da 1 milione in su per i lavori si seguono le regole ordinarie;

- in relazione agli appalti esclusi dal codice (art. 4), non si è accolto il rilievo dell'organo consultivo sul numero minimo di soggetti da invitare, e si stabilisce solo che i contratti di lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, sono affidati nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità;
- non è stato accolto il rilievo sulla soglia per l'obbligatorio ricorso all'albo dei commissari di gara;
- non è stato accolto il rilievo sulla deroga allo *standstill*.

Quanto agli appalti della protezione civile:

- nell'ambito della procedura negoziata senza bando (art. 63), di derivazione comunitaria, tra gli eventi imprevedibili che giustificano la procedura, non compare l'espressa menzione degli appalti della protezione civile, che era nel testo preliminare; correttamente, perché gli appalti della protezione civile possono essere una esemplificazione di tale fattispecie generale, rispondente a tutti i relativi presupposti (e in quanto esemplificazione non ne occorre menzione espressa), ma non potrebbero essere mai una ipotesi aggiuntiva, con presupposti propri non previsti dal diritto comunitario;
- una disciplina specifica degli appalti della protezione civile è contenuta nell'art. 163, tra le ipotesi di somma urgenza. Rispetto alla somma urgenza "ordinaria" per la quale il limite di importo è 200.000 euro, per la protezione civile il limite di importo è quello al confine con le soglie comunitarie per lavori, servizi e forniture.

Gli eventi, però, devono essere quelli dell'art. 2, lett. c), l. n. 225/1992 e non genericamente quelli dell'art. 2 (in tale senso si era espresso il parere del Consiglio di Stato).

E quanto agli eventi non verificatisi ma che si prevede si verifichino, la previsione non può essere meramente soggettiva e astratta, ma deve essere ancorata a parametri oggettivi e scientifici (il testo preliminare parlava di "imminente previsione di un evento").

In ogni caso la procedura negoziata sarà consentita nei limiti dello stretto necessario.

In particolare, costituisce circostanza di somma urgenza, o il verificarsi di uno degli eventi di cui al citato art. 2, c. 1, lett. c), l. n. 225/1992, o la ragionevole previsione, ancorata ai parametri scientifici dell'art. 3 della l. n.

225/1992, dell'imminente verificarsi di detti eventi, che richieda l'adozione di misure indilazionabili e nei limiti dello stretto necessario imposto da tali misure (art. 163, c. 6).

Sarà necessaria una vigilanza rafforzata sul settore del sotto soglia, e un monitoraggio volto a verificare sia la dimensione economica degli affidamenti che consentono maggiore flessibilità, sia se il loro impiego è oggettivamente giustificato o costituisce elusione delle regole di maggior rigore.

21) Offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95)

Le direttive e la legge delega contengono una manifesta preferenza per tale criterio.

Tale preferenza, che nelle direttive è in funzione di un'opzione qualitativa, nell'ordinamento nazionale discende anche da ragioni di contesto sociale e criminale. Si teme che il criterio del prezzo più basso, oltre a non garantire la migliore qualità della prestazione, possa prestarsi a sfruttamento della manodopera, o a pratiche abusive e corruttive, dove l'aggiudicazione al minor prezzo viene seguita da varianti in corso d'opera.

Rimane perciò residuale il criterio del prezzo più basso (art. 95).

Il criterio dell'OEPV è esclusivo dove ha maggior rilievo il fattore umano, o perché si tratta di prestazioni intellettuali o perché c'è il rischio di un eccessivo sfruttamento della manodopera ove si utilizzi il criterio del prezzo più basso.

In particolare è esclusivo per:

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'art. 50, c. 2;

b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro (art. 95, c. 3, lett. b).

(Si è in parte qua accolto il parere del Consiglio di Stato che aveva evidenziato la necessità di includere nel c. 3 lett. b) anche gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale) in ossequio al puntuale criterio di delega recato dall'art. 1, c. 1, lett. oo), legge delega).

In realtà la delega sembra vietare tout court il criterio del prezzo più basso per i servizi di natura intellettuale, tuttavia l'introduzione di una soglia (40.000 euro) sotto la quale è possibile non seguire il criterio dell'OEPV sembra conforme a una interpretazione sistematica della delega, che richiede una semplificazione negli affidamenti di minor importo, ed è giustificata dal carattere minimale dell'importo dell'affidamento, rispetto al quale il criterio dell'OEPV, per la sua complessità, potrebbe essere oggettivamente sproporzionato

Quando si opta per il criterio dell'OEPV, essendo il criterio generale, non occorre specifica motivazione (era richiesta nella bozza preliminare, ma la norma è stata soppressa su parere del Consiglio di Stato).

Il criterio residuale del prezzo più basso è facoltativo, e consentito:

- a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro;
- b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

22) Offerte anomale (art. 97)

La disciplina delle offerte anomale, anche a seguito dell'accoglimento di vari rilievi dei pareri, non differisce significativamente da quella previgente.

Vi è però in essa un difetto di sistematicità, atteso che la delega aveva imposto, e il delegato ha puntualmente obbedito, una pluralità di criteri per determinare la soglia di anomalia.

Sicché il codice si dilunga in uno sforzo matematico-logico degno di miglior causa, per descrivere ben cinque criteri matematici per determinare la soglia di anomalia.

Peccato che siano riferiti al criterio del prezzo più basso, vale a dire un criterio che è destinato ad essere residuale. Mentre per il criterio dell'OEPV, viene confermato l'unico criterio di determinazione della soglia, già contenuto nel codice del 2006.

Sono state introdotte, su parere del Consiglio di Stato, previsioni del vecchio codice che inizialmente si era ritenuto di non riprodurre, e invece essenziali per la legittimità comunitaria dell'istituto e per prevenire contenzioso, inerenti:

- la possibilità che ha la stazione appaltante, comunque, di sottoporre a verifica di anomalia qualsiasi offerta che appaia sospetta, a prescindere dalla sua collocazione nel *range* della soglia di anomalia;
- la scansione procedimentale della verifica in contraddittorio dell'offerta anomalia;
- la possibilità di esclusione automatica negli appalti sotto soglia quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso;
- l'inammissibilità di giustificazioni relative a trattamenti salariali minimi inderogabili per legge o atto autorizzato dalla legge.

Un merito va riconosciuto alla nuova disciplina: che se correttamente interpretata segna il superamento delle contestatissime recenti adunanze plenarie nn. 3 e 9 del 2015 sugli oneri di sicurezza aziendale. Sembra

definitivamente chiarito che non è necessario indicare tali oneri in sede di presentazione della domanda a pena di esclusione, essendo gli stessi solo oggetto di valutazione al fine di verifica della congruità o meno dell'offerta.

23) Appalti nei settori speciali (art. 114 ss.)

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

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

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

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

Norme di rinvio alla disciplina dei settori ordinari sono contenute negli artt. 114, 122, 127, 133 tutti e quattro articoli nel cui corpo si richiamano in blocco gruppi di articoli della disciplina dei settori ordinari; ulteriori rinvii puntuali alla disciplina dei settori ordinari sono contenuti negli artt. 123 124, 125, 126, 127, 130, 132 (che rinviano, rispettivamente: alla disciplina ordinaria per dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione; all'art. 91 sulla forcella; all'art. 80 sui requisiti morali; ad alcune previsioni degli artt. 52 e 53; agli artt. 73 e 74; all'art. 73; agli artt. 76 e ss.).

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

I principi di delega che impongono nei settori speciali la trasparenza e l'apertura dei mercati supportino la scelta del codice di estendere ai settori speciali disposizioni di maggior rigore in tema di trasparenza e pubblicità

(artt. 29 e 79 codice), e quelle in materia di dibattito pubblico (art. 22): non si tratta di oneri amministrativi non necessari, ma di regole proconcorrenziali, nel primo caso, ovvero, nel secondo caso, di strumenti di partecipazione democratica delle collettività locali alle scelte di localizzazione delle opere pubbliche, ivi comprese quelle dei settori speciali quali reti ferroviarie, porti, aeroporti.

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

- a) per gli appalti sopra soglia degli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici (art. 77, c. 13);
- b) per gli appalti sotto soglia sia delle amministrazioni aggiudicatrici (art. 77, c. 3), sia delle imprese pubbliche che utilizzano propri regolamenti (art. 36, c. 8, coerente con il criterio specifico di delega della lett. ii) e con il (pre)vigente art. 238, c. 7).

In sede di bozza preliminare, erano estese ai settori speciali anche altre discipline tipiche dei settori ordinari e che non sono di derivazione comunitaria, quali quelle relative agli atti di programmazione dei contratti pubblici (art. 21), alle garanzie dell'offerta e dell'esecuzione (artt. 93 e 103), ai presupposti del dialogo competitivo e del partenariato per l'innovazione, all'esecuzione del contratto.

In accoglimento del rilievo del parere del Consiglio di Stato che aveva invitato sul punto a un supplemento di riflessione, sono state meglio circoscritte le norme dei settori ordinari applicabili ai settori speciali.

Sono perciò stati espunti i richiami quanto agli atti di pianificazione (l'art. 21 fa ora riferimento solo alle amministrazioni aggiudicatrici e non anche agli enti aggiudicatori), alle garanzie dell'offerta (l'art. 133 non fa più rinvio all'art. 93) e dell'esecuzione, ai presupposti del dialogo competitivo.

Sono state delimitate le disposizioni afferenti l'esecuzione applicabili nei settori speciali: artt. 100, 105, 106 e 108 vale a dire condizioni di esecuzione, subappalto, varianti, risoluzione. E' perciò esclusa la disciplina delle garanzie di esecuzione, della direzione lavori e del collaudo.

Resta l'estensione ai settori speciali della disciplina dettagliata sulle offerte anomale (v. art. 133 che richiama l'art. 97).

24) Concessioni (art. 164 ss.)

Le Parti III, IV e V contengono gli istituti di maggiore rilevanza economica

e su cui si è maggiormente concentrata l'attenzione mediatica degli ultimi mesi (concessioni, partenariato, contraente generale, finanza di progetto, infrastrutture strategiche).

Nell'ambito del sistema introdotto dalle tre direttive sui contratti pubblici, quella sulle concessioni (2014/23) costituisce di certo la novità più rilevante, e questo non solo perché viene introdotta, a livello europeo, una disciplina organica sia delle concessioni di lavori che di quelle di servizi.

La disciplina delle concessioni si innesta in un contesto giuridico europeo di "libertà", libertà di scelta delle modalità di gestione per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi, al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici (considerando n. 5 e art. 2 direttiva 23, trasposto nell'art. 166 del codice), ma anche libertà di istituire servizi di interesse economico generale e servizi non economici di interesse generale (considerando n. 6).

Il diritto europeo non impone, dunque, che i servizi di interesse economico generale siano necessariamente affidati a terzi.

Quanto all'aspetto definitorio delle concessioni, anche la direttiva 23, come quelle sugli appalti, si pone, anzitutto, lo scopo di precisare il proprio ambito di applicazione, soprattutto dal punto di vista oggettivo (allineandosi, per quello soggettivo, alle altre due direttive), riprendendo, invero, nozioni già sperimentate con le direttive 17 e 18 del 2004.

Si tratta, dunque, di un contratto che segue gli schemi degli appalti di lavori e di servizi, con la caratteristica, però, che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori (o i servizi), o in tale diritto accompagnato da un prezzo, e con l'ulteriore precisazione che l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo (art. 5, punto 1, c. 1 e 2, direttiva 23).

La caratteristica precipua delle concessioni, idonea a differenziarle dagli appalti, è data proprio dall'assunzione di un rischio, che va ben al di là, ed è qualitativamente differente, da quello sopportato da un normale appaltatore.

In mancanza, dunque, del trasferimento del rischio "operativo", come ricorda la Corte di giustizia UE, il contratto dovrebbe essere definito come di appalto, almeno per quel che concerne la fase di aggiudicazione, ma non mancano, come è noto, delicate questioni interpretative, non solo sotto l'aspetto qualitativo, in ordine a tale trasferimento.

Dal punto di vista quantitativo, e quindi dell'entità del rischio operativo, la direttiva 23 lascia margini ai legislatori nazionali e pone dei limiti, essenzialmente in termini negativi, ammettendo che una parte del rischio



possa rimanere a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e risultando esclusi espressamente solo i casi in cui il rischio sia eliminato del tutto (considerando nn. 18 e 19).

In definitiva la "componente rischio" deve essere effettivamente sussistente, ancorché proporzionalmente ridotta, come emerge dal recepimento nazionale recato dall'art. 165, c. 2, secondo cui *"l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari"*.

La legge delega affronta, nello specifico, la materia dei contratti di concessione nei quattro punti dalla lett. hhh) alla lett. mmm), ma anche altri punti della delega affrontano, più o meno direttamente, siffatta materia.

Allo stato, non risultano recepiti alcuni punti della delega specifici per le concessioni, tra cui vanno senz'altro segnalati, nell'ambito della lett. hhh), la *"previsione di criteri per le concessioni indicate nella sezione II del capo I del titolo I della direttiva 2014/23/UE, nel rispetto dell'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 per le concessioni nel settore idrico"*, nonché, la *"previsione di criteri volti a promuovere le concessioni relative agli approvvigionamenti industriali in autoconsumo elettrico da fonti rinnovabili nel rispetto del diritto dell'Unione europea"*.

La disciplina delle concessioni, salvo quanto si dirà su aspetti specifici, appare nel complesso in linea con le direttive, la legge delega, e ha recepito in massima parte i rilievi del Consiglio di Stato quanto a ambito applicativo, durata massima, divieto di proroga, limiti alle varianti, regime della risoluzione, esternalizzazione, avvio delle gare nelle concessioni autostradali.

I punti di maggiore impatto economico e sociale sono da un lato il rigore imposto nel por fine alle concessioni autostradali aggiudicate senza gara, per le quali si è vietata la proroga o il rinnovo senza gara, e si è imposto il celere avvio delle nuove procedure di gara (art. 178) e, dall'altro lato, gli obblighi di esternalizzazione dell'80% degli affidamenti, in caso di affidamento senza gara dell'originaria concessione (art. 177).

Di rilievo la disciplina di risoluzione, revoca e recesso, contenuta nell'art. 176, dove sono trattati insieme istituti di diversa natura e derivazione e dove non tutta la disciplina appare convincente.

Il c. 1 dell'art. 176 recepisce l'art. 44 della direttiva 23, che nell'indice è rubricato *"cessazione delle concessioni"* e nell'articolato è rubricato *"risoluzione delle concessioni"*. Nel testo dell'art. 44 della direttiva si parla di *"porre termine alla concessione in vigenza della stessa"* per presupposti che sono legati a vizi originari o sopravvenuti dell'atto concessorio.

Si tratta di fattispecie che nell'ordinamento nazionale giustificano l'autotutela c.d. pubblicistica nella forma dell'annullamento d'ufficio (in tal senso, come si vedrà, va integrata la rubrica). Nell'ordinamento nazionale, peraltro, per regola generale l'annullamento d'ufficio opera *ex tunc*.

Nel caso specifico, considerato che l'annullamento d'ufficio può intervenire a distanza di molti anni (a seguito, ad es. di una violazione del diritto comunitario da parte della stazione appaltante, accertata dalla Corte di giustizia UE, il che implica un giudizio nazionale ed un rinvio pregiudiziale alla Corte), e che la direttiva parla di "*porre termine alla concessione*", occorre stabilire se l'annullamento operi *ex nunc* o *ex tunc*, e come si regolano i rapporti tra le parti.

Per il caso di annullamento per vizio non imputabile al concessionario, il presente articolo equipara l'annullamento d'ufficio a risoluzione per inadempimento della stazione appaltante e regola quanto dovuto al concessionario.

Resta la questione delle restituzioni e spettanze a seguito dell'annullamento d'ufficio quando il vizio sia imputabile al concessionario: non è chiarito se il concessionario debba restituire alla p.a. le opere realizzate senza nulla percepire, o debba applicarsi, quanto meno, il rimborso delle spese sostenute, nei limiti dell'arricchimento dell'amministrazione.

Su tale tema il parere del Consiglio di Stato aveva invitato a un supplemento di riflessione, se del caso in sede di correttivo.

La soluzione che è stata accolta nel testo definitivo non è soddisfacente, perché, mentre in caso di risoluzione per vizio non imputabile al concessionario, si prevede solo una riparazione economica, in caso di risoluzione per vizio imputabile al concessionario, si prevede la possibilità del subentro di altro soggetto designato dai finanziatori.

Invece, l'unica misura che si sarebbe potuta prevedere, avrebbe dovuto essere una riparazione economica nei limiti dell'arricchimento della p.a.

In tal modo invece, si dà un premio al concessionario autore o coautore del vizio che ha portato alla risoluzione.

E' infatti stabilito che nei casi che comporterebbero la risoluzione di una concessione per cause imputabili al concessionario, la stazione appaltante comunica per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto. Gli enti finanziatori, ivi inclusi i titolari di obbligazioni e titoli analoghi emessi dal concessionario, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione, indicano un operatore economico, che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento

dell'oggetto della concessione alla data del subentro. L'operatore economico subentrante deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla stazione appaltante. Il subentro dell'operatore economico ha effetto dal momento in cui la stazione appaltante vi presta il consenso.

Non resta che dare una interpretazione restrittiva di tale previsione e ritenere che essa sia applicabile solo nei casi di risoluzione prevista dal diritto nazionale, e non nei casi di risoluzione di derivazione comunitaria, nei quali ultimi si vuole la risoluzione per rimediare a un grave vizio genetico, e in funzione di una nuova gara sul mercato, che è cosa ben diversa da una designazione del nuovo concessionario da parte di un team di soggetti privati (i finanziatori dell'originario concessionario).

Vero è che il c. 10 dell'art. 176 afferma che la sostituzione del concessionario è limitata al tempo necessario per l'espletamento di una nuova procedura di gara, ma quello che non si comprende è perché la sostituzione del concessionario sia possibile quando i vizi sono imputabili al concessionario e non quando la risoluzione non è a questi imputabile. Inoltre la previsione sul “tempo necessario a espletare una nuova gara” è troppo generica e ampia, e rischia di consentire la sostituzione per un tempo molto lungo.

Quanto agli obblighi di esternalizzazione, essi riguardano le concessioni già affidata senza gara (o senza finanza di progetto), per le quali entro due anni dall'entrata in vigore del codice i concessionari sono obbligati a esternalizzare l'80%, fatti salvi i presupposti per l'affidamento a impresa collegata ai sensi dell'art. 7 (art. 177).

Accogliendo rilievi dei pareri, si è rafforzato il meccanismo di controllo dell'ANAC e la sua cadenza temporale, e il sistema sanzionatorio, aggiungendosi al dovere di riallineamento anche sanzioni pecuniarie.

Quanto alle concessioni autostradali, si stabilisce un analitico regime di avvio delle nuove gare, sia a regime, sia nel transitorio, distinguendosi tra concessioni già scadute, che scadano entro 24 mesi, o in un termine inferiore a 24 mesi dall'entrata in vigore del codice.

Nelle more delle nuove gare i reciproci obblighi sono regolati in base alle condizioni contrattuali vigenti (art. 178, c. 2).

Ben più severo *in parte qua* era il testo preliminare, che al fine di incentivare l'avvio e celere espletamento delle nuove gare, disponeva che i reciproci obblighi sono regolati da apposito atto e che per detto periodo il concessionario uscente non matura il diritto al riequilibrio del piano economico e finanziario e il riconoscimento delle condizioni preesistenti.

25) Partenariato pubblico privato (art. 180 ss.)

Gli artt. 180, 181 e 182 recano un archetipo generale del partenariato pubblico privato contrattuale (di seguito anche pppc) di cui sono concreta declinazione la finanza di progetto, la locazione finanziaria di opere pubbliche, la concessione di costruzione e gestione, il contratto di disponibilità, nonché le figure di minor rilievo economico, ma di sicuro impatto sociale, del baratto amministrativo e degli interventi di sussidiarietà orizzontale quali forme di partenariato sociale.

Si introduce così una disciplina quadro valevole, oltre che per le figure tipizzate, anche per figure atipiche, definite, nel c. 8 come “qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi che presentino le caratteristiche” descritte nell’art. 180.

In sintesi, partendo dalle ipotesi già normate di contratti di partenariato pubblico privato e dalla descrizione del fenomeno in chiave economica, si è introdotta una disciplina quadro.

Nella stesura finale si è optato per una unica definizione dell’istituto, contenuta nell’art. 3 e cui l’art. 180 fa rinvio, definizione molto ampia che consente il pppc oltre che per le opere calde anche per le opere fredde.

Lascia adito a dubbi il c. 1, ultimo periodo, che consente in termini generali che il contratto abbia ad oggetto anche il progetto di fattibilità e il progetto definitivo.

La disposizione, oltre a creare le premesse per una serie indeterminata di contratti di partenariato pubblico, consente di rimettere al partner privato tutti i livelli di progettazione e non sembra in linea con la legge delega, che considera un’eccezione la progettazione affidata all’esecutore delle opere, vieta l’appalto concorso e limita il ricorso all’appalto integrato (v. lett. oo) della delega).

26) Contraente generale (art. 194 ss.)

La figura del contraente generale non ha una connotazione autonoma nelle direttive comunitarie, rientrando nella lata nozione di appalto di lavori, nella declinazione della sua “*esecuzione con qualsiasi mezzo*”.

La legge delega, invece, contiene alcuni punti specifici relativi all’affidamento dell’appalto al contraente generale.

Essa dispone, in particolare, alla lett. ll) che “*è vietata, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l’attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori allo stesso contraente generale o soggetto collegato*”.

La lett. mm) della legge delega prevede, in particolare, la creazione, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di un albo nazionale

obbligatorio dei soggetti che possano ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, prevedendo specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità e la loro nomina nelle procedure di appalto mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo, altresì, che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati.

Il principio è stato recepito nell'art. 196.

Il c. 9 della legge delega, con disposizione autonoma e immediatamente precettiva, ribadisce il divieto della lett. ll), in via transitoria, anche per le procedure già *in itinere* per le quali non sia stato stipulato il contratto, prevedendo che, a decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa legge, è comunque vietata negli appalti pubblici di lavori, affidati a contraente generale ai sensi dell'art. 176 del d.lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni, l'attribuzione di compiti di responsabile o di direttore dei lavori allo stesso contraente generale.

Il menzionato divieto si applica, secondo quanto prevede sempre il c. 9 della legge delega, anche alle procedure di appalto già bandite alla data di entrata in vigore della presente legge, *“includere quelle già espletate per le quali la stazione appaltante non abbia ancora proceduto alla stipulazione del contratto con il soggetto aggiudicatario”*.

Inoltre la lett. oo) della delega, con previsione di ambito tendenzialmente generale, pone il principio dell'esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare.

Si tratta di una scelta del legislatore attinente al merito politico.

Le direttive comunitarie non pongano limiti all'affidamento contestuale di progettazione e di esecuzione a uno stesso soggetto e, in particolare, nella figura del contraente generale (che costituisce una esecuzione con qualsiasi mezzo o c.d. chiavi in mano).

L'attuazione della legge delega ha seguito l'opzione del divieto di affidamento del progetto definitivo al contraente generale.

Rispetto, dunque, alla disciplina recata dall'art. 176 del d.lgs. n. 163/2006 la delega ha imposto requisiti più stringenti:

- a) il contraente generale non ha più la direzione dei lavori né i compiti del RUP;
- b) il contraente generale non espleta la progettazione definitiva, ma solo quella esecutiva.

Nonostante tale opzione della delega, nel c. 20 dell'art. 194, si parla di progettazione definitiva rimessa al contraente generale, laddove questo è

escluso secondo la lettura del citato c. 2, lett. a), e dell'art. 195, c. 2.

Il sistema di qualificazione dei contraenti generali passerà dal Ministero delle infrastrutture dove è attualmente gestito all'ANAC a partire dall'adozione delle relative linee guida.

27) Infrastrutture strategiche (art. 200 ss.)

La legge delega nelle lett. ll) e sss) prevede il superamento del sistema introdotto dalla c.d. legge obiettivo, una ricognizione delle opere in programma e una nuova programmazione e riallocazione delle risorse, fondata sul Piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL), quale specifica declinazione *in subiecta materia* della generale previsione, recata dall'art. 2, c. 1 e 7, del d.lgs. n. 228/2011, e sul Documento Pluriennale di Pianificazione (DPP), con vincolo a comprendere nella nuova programmazione solo gli interventi per i quali vi siano obbligazioni giuridicamente vincolanti.

La disciplina recata nel codice attua tali principi.

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

E affrontato trasversalmente, in plurime disposizioni del codice, il tema degli affidamenti *in house*, delle società pubbliche, delle procedure di scelta del socio.

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

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

Resta estranea alle previsioni del codice la materia della costituzione di società miste con partecipazione pubblica e privata e il tema della procedura di evidenza pubblica della scelta del socio privato. Il codice non affronta specificamente tale tema (la lacuna era stata segnalata dal parere del Consiglio di Stato), tuttavia risponde ai principi generali la necessità di procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato, e in tal senso dispone lo schema di decreto legislativo di riordino della disciplina delle società pubbliche (testo unico delle società a partecipazione pubblica), in corso di approvazione (artt. 17 e 7 c. 5 dello schema). Sarebbe stata auspicabile

quanto meno una disposizione di rinvio, da parte del codice n. 50/2016, a questo altro organico corpo normativo che è il t.u. delle società a partecipazione pubblica.

Rimane estranea alle previsioni del codice in materia di *in house* la disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, e delle condizioni e limiti entro cui queste ultime possono costituire o partecipare a società, affidata all'attuazione della specifica delega di cui all'art. 18 della l. 124/2015 mediante apposito decreto legislativo, il cui schema recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*" è stato approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 20.1.2016.

A sua volta l'art. 4, del codice nell'elencare le finalità che giustificano la costituzione o partecipazione a società da parte di amministrazioni pubbliche, indica anche "*l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento*".

Sicché per i presupposti dell'affidamento diretto a società partecipate (per l'autoproduzione di beni o servizi strumentali), il decreto sulle società pubbliche rinvia al codice dei contratti pubblici in ossequio alle pertinenti direttive.

L'art. 5, che trova la propria collocazione nel titolo II della parte I, dedicato ai *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione* del codice, enuncia i principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico, ed attua le generali previsioni dall'art. 17 della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni, dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e dall'art. 28 della direttiva 2014/25/UE sugli appalti pubblici nei settori speciali.

Si tratta di disposizioni di eguale tenore e finalità, recanti una disciplina di principio che tratteggia solo nelle sue linee essenziali le caratteristiche salienti e, per così dire, il minimo comun denominatore del vasto e complesso fenomeno dell'*in house*, ben noto, pur al di là della molteplicità ed eterogeneità dei singoli tipi, all'esperienza giuridica di numerosi ordinamenti nazionali in ambito europeo.

L'art. 192, invece, costituisce specifica attuazione di ulteriori criteri contenuti nella legge delega che (oltre a prevedere, nella lett. iii) un ulteriore limite, introdotto dal legislatore nazionale, all'operatività dell'*in house* in materia di concessioni - e, cioè, l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a

150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica), impone, in termini generali per gli affidamenti *in house*:

- l'istituzione, a cura dell'ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house* o che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire affidamenti diretti;
- la previsione di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza anche per gli affidamenti *in house*;
- la previsione che anche negli affidamenti diretti *in house* sia compiuta la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione (lett. eee) dell'art. 1 della legge delega).

La disposizione dell'art. 192, c. 1, prevede infatti che sia istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

Il secondo periodo del c. 1 stabilisce, poi, che l'iscrizione a questo elenco avviene a domanda, nelle modalità e secondo i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto.

La domanda di iscrizione consente di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale, sotto la propria responsabilità.

In parte qua si è recepito parzialmente il parere del Consiglio di Stato, secondo cui la possibilità di affidare *in house* è in base alla legge delega ancorata alla sola domanda di iscrizione, e non all'avvenuta iscrizione nell'elenco (come prevedeva la bozza preliminare), e che tuttavia, a fini cautelativi, si poteva prevedere un potere inibitorio dell'ANAC nelle more dell'iscrizione. Tale potere inibitorio non è stato previsto.

L'art. 192, c. 2, impone alle stazioni appaltanti, per l'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, l'obbligo di dare conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento, delle ragioni del mancato ricorso al mercato nonché dei benefici, per la collettività, della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché, ancora e infine, di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Si tratta di un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche.

29) Precontenzioso (art. 211)

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

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

Sono confermati alcuni istituti di definizione delle liti sulla fase esecutiva, alternativi alla giurisdizione (peraltro affidata, per i contratti sopra soglia, ai tribunali delle imprese, con una sensibile accelerazione rispetto al passato): accordo bonario, transazione, arbitrato.

Viene invece meno l'informativa preventiva da parte del concorrente alla stazione appaltante, in ordine all'intento di proporre ricorso avverso gli atti di gara. Tale informativa aveva lo scopo di sollecitare l'autotutela dell'amministrazione. Pur venendo meno come onere, resta pur sempre la facoltà del concorrente di sollecitare l'amministrazione in tal senso.

Un nuovo istituto di prevenzione del contenzioso in fase di esecuzione è il collegio consultivo tecnico (CCT) (art. 207), a carattere facoltativo, e che viene costituito dalle parti prima dell'avvio dell'esecuzione del contratto, o comunque non oltre novanta giorni da tale avvio, con funzioni di assistenza per la soluzione di dispute di qualsiasi natura che possano sorgere durante la fase di esecuzione.

Il compito del collegio è di favorire una soluzione transattiva, subordinata all'accettazione ad opera delle parti della soluzione proposta dal collegio.

Dunque la sola adesione alla costituzione del collegio non è già di per sé vincolante, perché per ogni singola questione le parti potranno aderire o meno alla proposta di soluzione transattiva (art. 207, c. 5 e 6).

È un collegio a tre membri, di cui si descrivono requisiti e modalità di nomina, nonché compiti (art. 207, c. 2, 3, 4).

Se insorgono controversie (*recte*: questioni che potrebbero sfociare in controversie), il collegio opera in modo informale ascoltando le parti informalmente o con convocazione e contraddittorio formale (art. 207, c. 4).

In esito alla propria attività il CCT, formula la propria proposta di soluzione in forma scritta e con motivazione sintetica. La proposta non vincola le parti (art. 207, c. 5).

Se però le parti accettano la soluzione proposta, l'atto contenente la proposta viene sottoscritto dai contraenti alla presenza di almeno due componenti del collegio e costituisce prova dell'accordo e del suo contenuto; l'accordo sottoscritto vale, per espressa dichiarazione di legge, come transazione (art. 207 c. 6).

Se invece la composizione della lite non riesce, i componenti del CCT non possono essere chiamati quali testimoni nell'eventuale giudizio civile che



abbia ad oggetto quella stessa controversia (art. 207 c. 7).

Il CCT cessa automaticamente al termine dell'esecuzione del contratto o in data anteriore sull'accordo delle parti (art. 207 c. 8).

Per la fase di gara, si prevedono due strumenti precontenziosi, il parere vincolante dell'ANAC, sull'accordo delle parti, e il potere di raccomandazione dell'ANAC, rivolto alla p.a., al fine di rimuovere atti viziati, in via di autotutela (art. 211 c. 1 e 2).

Sia il parere che la raccomandazione sono dichiarati impugnabili davanti al giudice amministrativo, con il rito dell'art. 120 c.p.a., e dunque sono atti che rientrano nel novero dei "connessi" provvedimenti dell'ANAC soggetti a tale rito.

Il parere dell'ANAC viene reso su iniziativa della stazione appaltante, o di uno o più delle altre parti, e riguarda questioni insorte durante la procedura di gara. Rispetto alla disciplina sinora contenuta nel d.lgs. n. 163/2006, il parere ha portata "vincolante" per le parti che abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito.

Peraltro, la vincolatività non ne esclude l'impugnazione davanti al giudice amministrativo, con la precisazione che se il ricorso viene respinto, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente (che si era vincolata a rispettare il parere e poi lo ha impugnato) ai fini delle spese di lite e dei presupposti della lite temeraria (art. 26 c.p.a.).

La disciplina pone a una prima veloce lettura almeno cinque questioni pratiche, in disparte quella teorica in ordine alla disponibilità dell'interesse legittimo e alla possibilità di vincolo preventivo al rispetto di un parere (probabilmente superabile qualificando il ricorso al parere vincolante come un vero e proprio ricorso amministrativo, e il parere dell'ANAC come una vera e propria decisione amministrativa paracontenziosa).

La prima questione pratica è l'ambito soggettivo della vincolatività del parere: che, per essere efficace, dovrebbe astringere non solo singolo operatore e stazione appaltante, ma anche tutti i controinteressati. In altri termini, il meccanismo dell'accordo delle parti, ben si attaglia ai rapporti patrimoniali bilaterali, molto meno a rapporti amministrativi quasi sempre trilaterali (parte interessata, p.a., controinteressati).

E' ben difficile che parti interessate e controinteressate addivengano a una spontanea adesione preventiva al parere dell'ANAC.

Tanto più che, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, il numero dei potenziali controinteressati di una procedura di gara, è potenzialmente pari al numero dei concorrenti.

Va da sé che un parere ANAC vincolante per una o due parti, potrebbe essere contestato senza limiti da altri soggetti, specie quando al parere si attenga la stazione appaltante in favore della sua controparte diretta.

La seconda questione pratica attiene alla portata del vincolo per i soggetti che vi abbiano preventivamente acconsentito. Il tema va affrontato dall'ottica di:

- stazione appaltante: il vincolo implica, se l'ANAC ritiene che l'atto di gara sia illegittimo, un dovere di intervenire in autotutela; con la relativa procedura, che comporterà l'avviso a tutti i soggetti interessati e controinteressati, ivi compresi terzi che non sono vincolati dall'atto ANAC, con quel che ne consegue sul piano della sua impugnazione;

- privato concorrente: il vincolo implica, se l'ANAC ritiene che l'atto di gara sia legittimo, che il soggetto dovrebbe astenersi da contestazioni ulteriori dell'atto di gara. Ma non sembra sia così, sia considerati i tempi entro cui arriva il parere dell'ANAC, sia considerata la stessa previsione di legge che consente di impugnare il parere dell'ANAC.

La terza questione pratica attiene al termine di legge entro cui l'ANAC deve pronunciarsi sulla richiesta di parere, pari a trenta giorni dalla richiesta.

Questo termine coincide numericamente e quanto a decorrenza supera il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso giurisdizionale, e dunque rischia di non sortire l'effetto deflattivo del contenzioso giurisdizionale.

Infatti il termine di trenta giorni decorre dalla richiesta delle parti, che ordinariamente sarà successiva alla data di conoscenza dell'atto e dunque al *dies a quo* per il decorso del termine, sempre di trenta giorni, per il ricorso giurisdizionale.

Le parti, per non perdere il termine di impugnazione, saranno comunque costrette a fare ricorso giurisdizionale, sobbarcandosi i relativi costi di contributo unificato.

E' perciò auspicabile che l'ANAC, con proprio regolamento interno, disciplini il precontenzioso abbreviando significativamente tale termine.

In alternativa, bisognerebbe riportare il termine del ricorso giurisdizionale da 30 a 60 giorni e, se del caso, trasformare la fase davanti all'ANAC in una condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale (legata a termini brevissimi per non ritardare la definizione della lite).

La quarta questione pratica è se, sopraggiunto il parere vincolante dell'ANAC, che è impugnabile, il contenzioso si sposti tutto su tale parere, almeno per l'operatore economico privato che ha consentito preventivamente a tale parere, o invece resti l'onere di impugnare anche i provvedimenti originari contestati. Sembra da accogliere tale seconda soluzione, perché l'atto dell'ANAC non incide direttamente su tali provvedimenti, ma si limita a dare un parere sulla loro legittimità o meno.

Secondo la disciplina sinora vigente il parere ANAC non era vincolante e dunque non era impugnabile, sicché anche dopo l'espressione del parere, il contenzioso aveva ad oggetto sempre e solo gli atti di gara, nella nuova disciplina il parere vincolante è impugnabile, sicché oggetto del giudizio sono sia gli atti originari di gara, sia il parere ANAC, con il rischio di un aumento del contenzioso.

Infine, quanto alla legittimazione a impugnare il parere vincolante, sembra vada riconosciuta non solo al privato concorrente che non si reputa soddisfatto dal parere (e che impugnerà sia i provvedimenti originari di gara che il parere dell'ANAC), ma anche alla stazione appaltante che non condivide un parere ad essa sfavorevole e non intenda ad esso adeguarsi (verosimilmente con un atto di autotutela).

Resta poi piena la legittimazione ad impugnare il parere da parte di terzi controinteressati che ad esso non abbiano preventivamente aderito.

In definitiva, tale meccanismo potrà essere efficace solo se l'ANAC saprà, nei suoi pareri, essere talmente autorevole da far rendere prevedibile che in un eventuale contenzioso giurisdizionale il giudice non potrebbe che aderire alla tesi del parere.

Diversamente, il rischio è che il contenzioso si moltiplichi, aggiungendosi a quello sugli atti di gara quello sui pareri dell'ANAC.

L'art. 211 c. 2 disciplina un potere di "raccomandazione" a vincolatività indiretta, dell'ANAC nei confronti delle stazioni appaltanti.

L'ANAC eserciterà tale potere quando ravvisi un vizio di legittimità degli atti di gara, che ne giustificherebbero il ritiro in autotutela.

In tal caso l'ANAC inviterà la stazione appaltante a eliminare l'atto e a rimuovere anche gli eventuali effetti prodotti dall'atto illegittimo, assegnando un termine non superiore a 60 giorni.

La raccomandazione, in spregio al suo nome, è espressamente qualificata come "vincolante" ed è stabilito che il mancato adeguamento ad essa nel termine fissato è punito con sanzione amministrativa pecuniaria da 250 a 25.000 euro. Inoltre l'inosservanza della raccomandazione incide sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti ai fini della loro qualificazione (art. 37, anche se erroneamente l'art. 211 c. 2 fa rinvio all'art. 36, che riguarda gli appalti sotto soglia).

Il Consiglio di Stato aveva espresso un parere negativo su tale disposizione, ritenuta invasiva di prerogative delle stazioni appaltanti, e assai mal coordinata con la disciplina generale sull'autotutela (che non richiede solo l'esistenza di un vizio di legittimità, ma anche un interesse pubblico concreto e attuale, e il rispetto di termini massimi per il suo esercizio, scanditi nella l. n. 241/1990).

Il Consiglio di Stato aveva, in sintesi, osservato che:

a) si introduce un potere di sospensione immediata e uno di annullamento mascherato che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Corte cost. con la sentenza 14 febbraio 2013 20, pronunciata sull'art. 21 bis della legge n. 287/1990;

b) sul crinale della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria. Si crea in questo modo una sorta di responsabilità da atto legittimo.

Il Consiglio di Stato aveva suggerito una riformulazione in chiave di controllo collaborativo, ispirata alla disciplina dettata dall'art. 21-bis della legge n. 287/1990, compatibile con i principi costituzionali e con i limiti della legge delega, che parla di "controllo" al fine di giustificare il potere dell'ANAC, usando una locuzione coincidente con la qualificazione usata dalla Consulta con riguardo alla legittimazione processuale conferita dall'art. 21 bis cit. all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [Corte cost., 14

febbraio 2013 n. 20].

Il parere chiedeva anche di valutare di limitare l'operatività dell'istituto ai soli atti più importanti, quali i bandi, gli altri atti generali, nonché atti di gara per appalti di particolare rilevanza.

Da un lato, si potrebbe ritenere che solo con riferimento ad atti di portata generale, o in caso di appalti di importi particolarmente elevati, la lesione dei valori concorrenziali e delle regole di evidenza pubblica giustifichi la “discesa in campo” dell'Autorità di settore con una impugnativa giurisdizionale. Tanto, anche in considerazione dei problemi organizzativi che può determinare un generalizzato potere di sollecito all'autotutela e la conseguente sistematica presenza dell'Autorità in giudizio.

Per contro, si potrebbe rilevare che la *mission* dell'ANAC è la generale vigilanza sui contratti pubblici (come confermato dalla lett. t) della delega), per cui si giustificerebbe la previsione di un generalizzato potere di sollecito dell'autotutela in caso di atti di gara illegittimi, secondo il modello “generalista” già ora seguito dallo schema.

In caso di opzione per un potere di impugnazione generalizzato, va comunque considerata la facoltà dell'ANAC di selezionare le procedure su cui intervenire. Tale potere selettivo potrebbe essere, se del caso, ulteriormente definito in apposite linee guida dell'ANAC di individuazione ex ante, in via di auto-limitazione, delle tipologie di casi in cui il potere di raccomandazione viene esercitato.

Nel testo definitivo, è stato solo soppresso l'effetto sospensivo dell'esercizio del potere di raccomandazione e si è prevista l'impugnabilità della raccomandazione (peraltro già desumibile dai principi):

Restano tutti i dubbi espressi su tale potere, quanto a:

- ambito oggettivo, atteso che non tutte le illegittimità giustificano l'autotutela, dovendosi sempre verificare la sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale;
- limiti temporali, non essendo previsto alcun limite temporale al potere dell'ANAC di chiedere l'autotutela, che invece nel sistema è ancorata a precisi termini.

Tali dubbi sono da superare in via di esegesi restrittiva della previsione: il sollecito all'autotutela implicherà una selezione preventiva, da parte dell'ANAC, dei casi più rilevanti, quali quelli stessi che secondo le direttive comunitarie giustificano la "risoluzione" che altro non è che un'autotutela per vizi originari di legittimità (v. artt. 108 e 176), o quelli in cui i vizi della gara acquisiscono anche una rilevanza penale.

30) Contenzioso (art. 205)

Quando il contenzioso giurisdizionale sulla gara sia inevitabile, occorre trovare un ragionevole punto di equilibrio tra la giusta esigenza di rapida definizione delle liti e il valore, costituzionale e sovranazionale, dell'effettività della difesa. La tutela giurisdizionale, proprio nel settore degli appalti pubblici, secondo i principi comunitari non può essere ostacolata, resa eccessivamente difficile, mutilata della tutela cautelare.

Il sistema eurounitario si spinge ad apprestare una tutela cautelare *ex lege* ai concorrenti: il c.d. *standstill*, inteso come moratoria nella stipulazione del contratto dopo l'aggiudicazione, in una prima fase per un certo lasso temporale per consentire la eventuale proposizione dei ricorsi, e, dopo la proposizione del ricorso, fino alla pronuncia cautelare del giudice.

A sfatare la leggenda (o l'incubo) che siano i Tar a bloccare le opere pubbliche, è sempre bene orientarsi con la bussola comunitaria: la sospensione, per almeno i primi 60 giorni dopo l'aggiudicazione, la determina direttamente, per *vis propria*, il diritto comunitario.

Ogni qualvolta il legislatore nazionale ha tentato, sempre in materia di opere pubbliche, di porre divieti, limiti, termini, ostacoli, alla tutela cautelare, nella migliore delle ipotesi le norme sono state applicate in modo "costituzionalmente orientato", non di rado sono cadute davanti al giudice costituzionale.

Né può dirsi che la Corte di giustizia eurounitaria rivolga un *blind eye* alle norme processuali italiane in materia di appalti, e agli stessi orientamenti della giurisprudenza italiana: ne sono esempi le decisioni della C. giust. UE in tema di termini minimi di ricorso, di ordine di esame di appello principale e incidentale, di misura del contributo unificato, che anche quando salvano "in corner" lo Stato italiano, lo fanno con un monito che rischia di diventare monitoraggio.

Con il codice appalti si interviene in via di novella sull'art. 120 c.p.a. secondo due direttrici: da un lato si delinea un nuovo rito, che si aggiunge a quello già esistente, per l'impugnazione delle sole esclusioni e ammissioni, e dall'altro lato si dettano norme processuali ulteriori valevoli per entrambi i riti.

Al di là degli interventi "diretti" sull'art. 120, l'impatto "processuale" del

nuovo codice appalti opera anche attraverso altre disposizioni:

- la disciplina su trasparenza, comunicazioni e accesso;
- la disciplina dello *standstill*;
- l'estensione del rito dell'art. 120 c.p.a. a due nuove tipologie di atti - dell'ANAC: il parere vincolante sulle questioni insorte in sede di gara e la raccomandazione vincolante alle stazioni appaltanti volta a sollecitarne il potere di autotutela.

Resta dunque fermo il rito processuale vigente, quando viene impugnata l'aggiudicazione, o il bando di gara, o altri atti che siano ritenuti autonomamente impugnabili. Sotto tale profilo si afferma espressamente che non sono impugnabili (è da ritenere che non sono autonomamente impugnabili) la proposta di aggiudicazione e gli atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.

Della previsione, mantenuta nonostante il parere contrario del Consiglio di Stato, va data una sua lettura costituzionalmente orientata (non nel senso in cui è scritta di inammissibilità *tout court* dell'impugnazione), ma nel senso che tali atti non sono immediatamente impugnabili e che i relativi vizi andranno fatti valere in sede di impugnazione dell'aggiudicazione.

Poiché il divieto di immediata impugnazione è riferito agli atti endoprocedimentali privi di immediata lesività, resta ferma tutta l'elaborazione giurisprudenziale sui limiti entro cui si può o si deve immediatamente impugnare il bando di gara; così come sarà immediatamente impugnabile il mancato invito a procedure ristrette, negoziate, o comunque a seguito di applicazione della c.d. forcilla.

Viene però designato un rito *ad hoc* superaccelerato per l'impugnazione delle esclusioni, che finora seguivano il rito dell'art. 120 c.p.a., e, in aggiunta, viene imposto un onere di immediata impugnazione, non solo delle esclusioni, ma anche delle ammissioni, anche queste ultime soggette al rito superaccelerato.

Le nuove disposizioni processuali impongono l'immediata impugnazione di ammissioni e esclusioni, al fine di deflazionare il successivo contenzioso sull'aggiudicazione, nella prassi complicata ed esasperata dai ricorsi incidentali che rimettono in discussione la fase di ammissione.

La nuova disciplina è sicuramente mossa dalla buona intenzione di porre fine ad una patologia giudiziaria seria: il fioccare di ricorsi incidentali plurimi e incrociati con cui si rimettono in discussione, in sede di contestazione dell'aggiudicazione, i passaggi precedenti della gara.

La previsione, in parte, codifica un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui le esclusioni vanno autonomamente e immediatamente impugunate.

Quanto, invece, alla previsione, assolutamente innovativa, che onera della immediata impugnazione delle altrui ammissioni, da più parti si dubita che si sia scelto lo strumento giusto: obbligare a impugnare le altrui ammissioni di tutti gli altri concorrenti in difetto di un interesse concreto e attuale, che tale diviene solo quando uno, e uno solo, dei tanti ammessi, diviene aggiudicatario, rischia di rendere eccessivamente difficile, oltre che costosa, la tutela giurisdizionale, stressando la tenuta eurounitaria del sistema italiano.

Forse, c'era un'altra via, già intrapresa con il d.l. n. 90/2014 sul fronte processuale, e proseguita con il nuovo codice sul fronte sostanziale: quella della sinteticità e chiarezza degli atti processuali, che andava affrontata con maggiore determinazione, e quella della valorizzazione dell'etica processuale in sede di requisiti reputazionali.

Le liti temerarie e emulative possono e debbono essere scoraggiate, penalizzando in sede di partecipazione alle gare l'operatore che ne sia responsabile. Ma è cosa diversa dall'onerare a ricorrere sempre e comunque, che è quasi un incentivo a promuovere liti al buio e inutili.

Forse, c'era un modo per sostenere la scelta intrapresa evitando i dubbi ingenerati dai costi eccessivi del giudizio: operando sulla riduzione del contributo unificato, o prevedendone uno solo in caso di impugnazione di ammissione seguita da impugnazione della successiva aggiudicazione.

Scelta che potrebbe ancora essere operata in sede di decreti correttivi.

In molti pronosticano una veloce rimessione pregiudiziale della nuova disciplina alla Corte costituzionale e alle Corti sovranazionali.

L'onere di immediata impugnazione, che grava le parti con tempi stretti e ulteriori costi processuali, viene in parte compensato (essendosi accolti in parte qua tutti i rilievi formulati nel parere del Consiglio di Stato), da una tempestiva pubblicità e accessibilità degli atti di gara inerenti ammissioni ed esclusioni, con previsione di una vera e propria subfase di gara che culmina in un provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni.

Ammissioni e esclusioni, a cui si riferisce la norma, sono quelle disposte all'esito della subfase di verifica del possesso dei requisiti morali e dei requisiti di qualificazione, e non anche le esclusioni disposte nella fase successiva per vizi dell'offerta.

Tali ammissioni e esclusioni vanno impuginate entro trenta giorni, e i relativi vizi non potranno più farsi valere in sede di contestazione dell'aggiudicazione.

L'impugnazione va proposta entro il termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29 codice appalti, del provvedimento che determina ammissioni e esclusioni, e è previsto il rito camerale, a meno che le parti non chiedano l'udienza



pubblica (art. 120, c. 2-bis e c. 6-bis, c.p.a.).

Vi sono termini stringati per la definizione immediata del merito, salvi rinvii stringatissimi ove sia necessario per istruttoria, termini a difesa, integrazione del contraddittorio.

Si ha un giudizio ordinariamente immediato, e eventualmente abbreviato (in caso di istruttoria, termini a difesa, integrazione del contraddittorio). In particolare:

- l'udienza in camera di consiglio (o pubblica se le parti lo chiedono) deve celebrarsi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente;
- il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza;
- le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima;
- la camera di consiglio o l'udienza possono essere posticipate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale;
- in caso di istruttoria, la relativa ordinanza fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni;
- è esclusa la possibilità di cancellare la causa dal ruolo;
- il giudice deve depositare la sentenza entro sette giorni dall'udienza di discussione;
- come nel rito contro l'aggiudicazione, è prevista la possibilità di chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avverrà entro due giorni dall'udienza; viene corretta la formulazione precedente delle norme, che non chiarivano se i due giorni fossero un termine per la richiesta di parte di dispositivo, o per la pubblicazione;
- l'appello va proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla pubblicazione della sentenza;
- il nuovo rito superaccelerato è applicabile anche in appello, essendo stati richiamati, in appello, i c. 2-bis, 6-bis e 9, secondo periodo, che tale rito delineano (dunque anche la possibilità che le parti chiedano la pubblicazione del dispositivo).

Quanto alla tutela cautelare, nel rito “superspeciale” la tutela cautelare



diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione. Peraltro, la tutela cautelare viene comunque prevista, in quanto essa non può essere preclusa *ex ante*, in via generale, anche ove, di fatto, ed ordinariamente, *ex post* non sia necessaria.

Il nuovo rito si inserisce nel sistema dell'art. 120 sicché:

- per tutti i termini non espressamente contemplati, vale il dimezzamento (v.ad es. termine di deposito del ricorso, ricorso incidentale, motivi aggiunti);
- non occorre istanza di fissazione udienza;
- si applicano le regole sulla sinteticità degli atti di parte, declinata secondo i limiti quantitativi fissati nel d.P.C.S.

La disciplina sembra voler escludere i motivi aggiunti nel rito contro ammissioni e esclusioni (v. art. 120, c. 7), ma non può in astratto escludersi che possano essere necessari motivi aggiunti o possano essere articolati ricorsi incidentali.

Per ragioni di incompatibilità logica (mancanza dell'aggiudicazione) non si applica in tale rito il meccanismo dello *standstill*.

Passando alle ulteriori disposizioni processuali, si detta un nuovo onere motivazionale dei provvedimenti cautelari, volto a imporre al giudice di tener conto, nel giudizio di bilanciamento, degli elementi contenuti negli artt. 121 e 122, e delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto nuovo c. 8-ter dell'art. 120).

Viene riformulata la previsione sulla pubblicazione anticipata del dispositivo, chiarendosi che il termine di due giorni si riferisce non alla richiesta di pubblicazione ma alla pubblicazione stessa.

Il nuovo c. 11-bis consente, con riferimento al caso di presentazione di offerte per più lotti, che l'impugnazione possa proporsi con ricorso cumulativo unicamente laddove vengano dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto. Si tratta di codificazione dell'elaborazione giurisprudenziale in tema di limiti al ricorso cumulativo, anche in funzione antielusiva delle regole sul contributo unificato, e per evitare, in materia di gare divise in lotti, ricorsi *monstre* che, a fronte dell'identità soggettiva delle parti, riguardano lotti diversi e contengono censure diverse.

Come si è prima osservato, il codice appalti ha novellato solo l'art. 120 c.p.a. Tuttavia, l'intero impianto processuale necessita di un'opera di coordinamento, formale e sostanziale, che dovrà essere oggetto dei futuri correttivi.

Sul piano formale:

- il codice appalti ha cambiato la terminologia, parlando di aggiudicazione tout court e non più di aggiudicazione definitiva. Pertanto nell'art. 120 e ss. c.p.a., tutti i riferimenti all'aggiudicazione definitiva devono intendersi all'aggiudicazione (cosicché la parola "definitiva" perde rilievo).

- sia l'art. 120 che i seguenti contengono rinvii ad articoli del codice del 2006; occorre pertanto individuare i corrispondenti articoli del nuovo codice a cui il richiamo deve intendersi fatto; in particolare:

- - nel c. 2 dell'art. 120, il rinvio, quanto all'avviso relativo ad appalti aggiudicati, agli artt. 65 e 225 d.lgs. n. 163/2006, deve intendersi come rinvio dinamico operato agli artt. 98, 129, 140, 153, d.lgs. n. 50/2016; nel c. 3 dell'art. 121 i riferimenti contenuti al d.lgs. n. 163/2006 devono ora intendersi fatti al d.lgs. n. 50/2016; nel c. 1 dell'art. 125 il riferimento al d.lgs. n. 163/2006 deve intendersi fatto alla parte V del d.lgs. n. 50/2016; nel c. 4 lett. a) dell'art. 125, il rinvio all'art. 140, d.lgs. n. 163/2006 deve ora intendersi fatto all'art. 110 d.lgs. n. 50/2016.

Sul piano sostanziale:

- le disposizioni processuali vanno coordinate con il meccanismo dello *standstill* contenuto nell'art. 32 codice appalti, il cui ambito, come già osservato è stato ridotto, non applicandosi più lo *standstill* agli affidamenti di servizi e forniture sotto soglia e agli affidamenti di lavori fino a 150.000 euro;

- nell'art. 121 c.p.a. si fa un rinvio all'avviso volontario per la trasparenza preventiva dell'art. 79 bis codice del 2006 (inserito nel 2010 in ottemperanza alle direttive ricorsi); tale avviso pare non essere stato riprodotto nel nuovo codice;

- l'art. 125 c.p.a. delinea ulteriori disposizioni acceleratorie, tra l'altro, per il processo in materia di infrastrutture strategiche; essendo il "superamento della legge obiettivo" uno dei mantra del nuovo codice, c'è da interrogarsi sulla perdurante attualità di norme processuali ad hoc per un contesto regolatorio non più attuale.

Quanto al profilo transitorio, considerato che la novella all'art. 120 c.p.a. è stata disposta con il codice appalti, il regime transitorio va individuato in base a quest'ultimo e non in base al c.p.a.

In difetto di una regola transitoria specifica, soccorre l'art. 216, c. 1, codice, a tenore del quale le disposizioni si applicano alle procedure di affidamento i cui bandi o avvisi siano pubblicati dopo l'entrata in vigore del codice appalti.

Perciò tutte le nuove norme processuali valgono per provvedimenti (bandi, ammissioni, esclusioni, aggiudicazioni e quant'altro) relativi a procedure avviate a far data dal 20 aprile 2016.

Va fatta, infine, una considerazione di sistema: la materia degli appalti, iperspecialistica, esige un giudice specializzato. In questa prospettiva, va apprezzata, da un lato, la scelta organizzativa effettuata a partire dal 2016 dal Presidente del Consiglio di Stato, che ha concentrato tutto il contenzioso sugli appalti pubblici pendente davanti al Consiglio di Stato presso un'unica sezione giurisdizionale, la V, e, dall'altro, l'opzione, sul versante della giurisdizione civile, l'assegnazione del contenzioso sull'esecuzione degli appalti sopra soglia comunitaria al Tribunale delle imprese.

31) Governance: ANAC e Cabina di regia

Nell'ANAC sono, già dal 2014, confluiti i compiti di due diverse Autorità, quella anticorruzione e quella per la vigilanza sui contratti pubblici.

Si tratta di una via italiana alla lotta alla corruzione, che si annida massimamente nel settore degli appalti pubblici.

Attraverso una lenta transizione, l'originaria *mission* di sola vigilanza, si è definitivamente arricchita con i compiti di regolazione.

L'ANAC, oggi, è senz'altro autorità che regola (con le linee guida e tutti gli altri strumenti ad essa assegnati, quali bandi tipo, raccomandazioni, pareri, poteri cautelari, e quant'altro), e vigila, con pregnanti poteri ispettivi, istruttori, sanzionatori.

L'ANAC fa anche molto altro, perché ha anche compiti propriamente gestionali di amministrazione attiva (tali sono quelli di tenuta di albi, quale quello delle SOA, dei commissari di gara, degli arbitri, e il compito della gestione del sistema di qualificazione) e ha compiti che sono paragiurisdizionali (parere vincolante sul contenzioso relativo alle gare).

Anche la vocazione "regolatoria" che è tipica delle Autorità indipendenti, nel caso dell'ANAC viene declinata in modo peculiare. Perché gli atti di regolazione, in alcune materie, per la generalità e astrattezza dei contenuti, assurgono a veri e propri regolamenti in senso sostanziale, anche se non ne hanno il nome.

E, del resto, l'ANAC partecipa alla funzione regolamentare del Ministro delle infrastrutture, con un potere di proposta (che è un tipico atto predeterminativo del contenuto dell'atto finale).

L'ANAC ha anche una funzione consultiva, in quanto è previsto che venga sentita in molti procedimenti previsti dal codice.

A sua volta l'ANAC si vale, per alcune linee guida, della consulenza qualificata delle commissioni parlamentari.

L'ANAC ha, non meno importante, una funzione informativa, atteso che le compete gestire la banca dati dei contratti pubblici e il sistema di pubblicità

informatica dei bandi e degli atti di gara.

Si ha dunque un'Autorità a vocazione indipendente, ma interconnessa con Governo e Ministri (a cui fa proposte) e Parlamento (da cui riceve parere), e che cumula funzioni ordinariamente attribuite a distinti poteri pubblici: normative/regolatorie, di amministrazione attiva, consultive, di vigilanza/controllo, paragiurisdizionali.

Il sistema complessivo ha peraltro previsto un sistema di pesi e contrappesi volto a riequilibrare, nei rapporti esterni, l'accentramento di tante competenze.

Gli strumenti di bilanciamento sono costituiti:

- dalla prevista impugnabilità di tutti gli atti dell'ANAC davanti agli organi della giustizia amministrativa;
- dalla prevista istituzione della Cabina di regia presso la P.C.M., con compiti di monitoraggio, impulso e coordinamento;
- dalla cogestione di alcune tipologie di linee guida attraverso il potere di proposta dell'ANAC e di decisione finale del Ministro delle infrastrutture;
- da ultimo, ma non convince, mediante lo strumento del parere delle commissioni parlamentari su alcuni ambiti di linee guida dell'ANAC.

Tale assetto deriva direttamente dalla legge delega, che attribuisce compiti all'ANAC in dodici punti di delega (lett. q.2), q.5), s), t), u), bb), ee), hh), uu), vv.), eee) iii), di cui 11 specifici e uno, il punto t), generale, a sua volta tradotto nell'art. 213 del codice.

La lett. t) della delega prevede: *“attribuzione all'ANAC di più 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, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa”*.

E in tale previsione ci sono le funzioni di regolazione, di vigilanza/controllo, di precontenzioso, declinati rispettivamente nell'art. 213, c. 2, e 211.

Gli altri punti di delega attribuiscono all'ANAC i compiti che emergono dall'intero impianto del codice e che l'art. 213 cerca di sintetizzare, senza tuttavia essere esaustivo.

In estrema sintesi, la vigilanza afferisce, oltre al sistema degli appalti nel suo complesso, ai settori più delicati quali il sotto soglia, i contratti esclusi, i contratti segreti, e al sistema di qualificazione (art. 213, c. 3, lett. a), b), f),

g).

Per gli appalti più delicati la vigilanza assume i connotati della “vigilanza collaborativa” tramite protocolli di intesa con le stazioni appaltanti al fine di supportarle nella predisposizione degli atti e nella gestione dell’intera procedura di gara (art. 213, c. 1, lett. h).

Compiti di vigilanza più specifici sono indicati in puntuali disposizioni del codice (p. es. sul rispetto da parte dei concessionari degli obblighi di esternalizzazione, art. 177, c. 3).

Compiti di amministrazione attiva sono:

la qualificazione degli operatori economici (art. 83 ss.);

la gestione del sistema SOA (art. 83 ss.);

la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 213, c. 4);

la tenuta dell’elenco dei soggetti aggregatori (art. 213, c. 16);

la tenuta dell’elenco delle stazioni appaltanti che fanno affidamenti *in house* (art. 213 c. 15);

la tenuta dell’albo dei commissari d gara (art. 77 e 213 c. 15);

la tenuta della banca dati dei contratti pubblici (art. 213, c. 8 e 9);

la tenuta del casellario informatico dei contratti pubblici (art. 213, c. 10);

la tenuta dell’albo della camera arbitrale (art. 213, c. 11).

Compiti precontenziosi sono quelli delineati nell’art. 211 e già esaminati.

Vi sono poi i compiti di segnalazione, a Governo e Parlamento, di proposta al Governo, di relazione annuale al Governo e al Parlamento (artt. 213, c. 3, lett. c), d, e).

I poteri strumentali a tali compiti sono:

quello ispettivo, anche avvalendosi di altri organi dello Stato, e segnatamente della Guardia di Finanza (art. 213, c. 5);

quello di segnalazione agli organi di controllo e di denuncia all’Autorità giudiziaria penale (art. 213, c. 6);

quello di collaborazione con l’AGCM per l’attribuzione del rating di legalità alle imprese (art. 213, c. 7);

quello sanzionatorio (art. 213, c. 13).

Quanto al finanziamento dell’ANAC, viene confermato il previgente sistema, delineato dall’art. 1, c. 67, l. n. 266/2005 (finanziamento sul mercato, mediante contributo da parte dei soggetti sottoposti alla vigilanza).

La cabina di regia istituita presso la P.C.M., a sua volta, ha da un lato compiti di monitoraggio, analisi e verifica di impatto, attuazione e manutenzione della riforma, e dall’altro lato promuovere accordi e intese per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche.

Sotto il primo profilo la cabina di regia dovrà vagliare:

lo stato di attuazione della riforma, verificando le difficoltà di applicazione, al fine di promuovere soluzioni correttive;

esaminare le proposte di modifica;

coordinare la fase di adozione degli atti attuativi;

promuovere la informatizzazione delle procedure elaborando un piano nazionale (art. 212, c. 1, lett. a), b), c), d), e c. 3).

Appare innovativa la previsione che la cabina di regia avrà un compito di verifica di impatto a legislazione costante, non solo per il prossimo correttivo, allo scadere di un anno, ma anche successivamente, dovendo ogni tre anni, dopo la prima scadenza, presentare alla commissione europea una relazione di controllo (art. 212, c. 3).

La Cabina di regia è la struttura nazionale di riferimento nei rapporti con la Commissione europea per l'applicazione della normativa in materia e per l'adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati membri, anche al fine dello scambio di informazioni sull'applicazione delle norme e sulla gestione delle procedure (art. 212, c. 4).

Dall'assetto organizzativo della Cabina nulla dice il codice, demandandone composizione e modalità di funzionamento a un d.P.C.M. da adottarsi entro tre mesi, con il concerto del MIT e il parere della Conferenza unificata e dell'immane ANAC.

32) Conclusioni. La diagnosi e la cura. Una drastica cura dimagrante

La legge delega e il codice dei contratti pubblici hanno fatto una diagnosi corretta dei mali italiani che affliggono il settore dei contratti pubblici, e hanno prescritto una cura appropriata, anche se non ancora radicale.

Il male è che c'è "troppo" di tutto: troppe regole, troppi soggetti che fanno le re-gole, troppe stazioni appaltanti, troppi operatori economici, troppe deroghe, troppe giurisdizioni che si occupano di appalti, troppo contenzioso.

E' stata prescritta una drastica cura dimagrante:

- riduzione delle regole statali;
- riduzione e qualificazione del numero delle stazioni appaltanti;
- non potendosi ridurre il numero di operatori, prescrizione, oltre che di severe regole di qualificazione, di per sé non sufficienti, di un nuovo

“codice etico”, attraverso i requisiti reputazionali;

- delimitazione delle procedure a trattativa privata, comunque soggette a controlli, previsione di bandi tipo, albo dei commissari di gara;
- riduzione del contenzioso attraverso non solo le nuove regole processuali, ma anche, e soprattutto, attraverso strumenti preventivi quali il soccorso istruttorio e i criteri reputazionali, che penalizzeranno gli operatori che promuovono liti emulative.

Tutto ciò va accompagnato da altro ancora, che è indispensabile:

- eliminazione delle competenze legislative regionali in materia di appalti, mediante intervento costituzionale;
- ridefinizione del riparto di competenze giurisdizionali tra giudice ordinario e amministrativo sugli appalti pubblici;
- specializzazione dei giudici: e un primo passo sono il Tribunale delle imprese in sede civile e la sezione specializzata per gli appalti presso il Consiglio di Stato, ma altro ancora si potrebbe fare (estensione delle competenze dei Tribunali delle imprese agli appalti sotto soglia, concentrazione delle liti sugli appalti, davanti al giudice amministrativo, presso pochi Tar);
- regolamentazione delle *lobbies*.

In definitiva, si conoscono i mali, si conoscono le cure. L'importante, ora, è prenderle, le medicine, senza ripensamenti.

**Pres. Rosanna De Nictolis
(pubblicato il 28 aprile 2016)**