



italiadecide



AEQUA

ApertaContrada

RIFLESSONI SU SOCIETÀ, DIRITTO, ECONOMIA

RESPUBLICA

FONDAZIONE DI CULTURA POLITICA

Osservatorio sui Contratti pubblici

*Le proposte per il correttivo al
Decreto legislativo n. 50/2016*

Indice

| | |
|---|----|
| <i>Premessa</i> | 3 |
| <i>Parte Prima Le proposte dell'Osservatorio sui contratti pubblici</i> | 6 |
| ConSORZI | 16 |
| Motivi di esclusione | 19 |
| Subappalto | 22 |
| Concessioni e Partenariato Pubblico Privato - contributo A) | 25 |
| Concessioni e Partenariato Pubblico Privato - contributo B) | 50 |
| Precontenzioso | 60 |
| Cabina di Regia | 62 |
| <i>Parte Seconda Le proposte degli Stakeholders</i> | 65 |

PREMESSA

L'Osservatorio sui contratti pubblici è un'iniziativa promossa da *italiadecide*, Aequa, ResPublica e ApertaContrada con l'obiettivo di monitorare l'attuazione della nuova normativa avvalendosi di un'interlocuzione costante con operatori del settore, sia industriali ed associativi che amministrativi.

Nell Parte Prima di questo fascicolo vengono presentate le proposte per il decreto correttivo elaborate dalle quattro associazioni promotrici dell'Osservatorio¹.

La prospettiva nella quale queste proposte si collocano è quella di suggerire interventi concretamente migliorativi con il minimo impatto sul testo vigente.

Tuttavia, le proposte nascono da alcuni presupposti di valenza generale condivisi dai quattro promotori.

1. Scongiurare il rischio che il Codice invada, per perseguire l'obiettivo della lotta alla corruzione, campi che poco o nulla hanno a che vedere con un Codice che dovrebbe codificare semplicemente come lo Stato e le pubbliche amministrazioni ed assimilate, «acquistano» forniture, lavori e servizi. Già l'aver trattato uniformemente acquisti tanto diversi (in una normativa che, contrariamente a quella europea, non si è voluto limitare alla sola fase dell'aggiudicazione) è di per sé stesso fonte di dubbi e difficoltà applicative. I casi delle forniture di prodotti a-spaziali quali i servizi informatici o le stesse manutenzioni di edifici esistenti ad esempio, sono utili per dimostrare a quali difficoltà sta andando incontro chi opera in questi campi.

2. Le norme non possono svolgere un ruolo di supplenza di politiche di settore (purtroppo assai carenti) che affrontino in modo articolato anche la questione delle tipologie di opere e dei processi di realizzazione, che sono frutto di specifiche scelte politiche. Risulta, ad esempio, fortemente distorsivo risolvere problemi di politica industriale e di assetto del settore (a prescindere dal merito di tali scelte) attraverso una disciplina generale del subappalto che ci allontana dall'Europa dando vita ad una sorta di *unicum*. I rapporti fra imprese generali, specialistiche e superspecialistiche andrebbero definiti in altre sedi e con altri strumenti, evitando di offrire le norme del codice quale terreno di un costante conflitto fra opposti interessi.

3. Evitare il rischio di appiattare di fatto il Codice al caso dei lavori pubblici e quindi alla progettazione degli stessi. Livelli e contenuto della progettazione di lavori pubblici non sono ovviamente gli stessi degli altri servizi e delle forniture. Esistono anzi profonde differenze che non possono essere affrontate marginalmente o attraverso intarsi e stratificazioni normative. La problematica è aggravata da obblighi che derivano

¹ Queste proposte si aggiungono (e in alcuni casi approfondiscono) quelle che sono già state avanzate nel *paper* (<http://www.italiadecide.it/public/files/PAPER.pdf>) presentato durante il Convegno "L'attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche", tenuto lo scorso 3 ottobre. Si rinvia quindi al *paper* per tutte le proposte emendative già espone in quella sede.

dalla imposizione di soglie al di qua e al di là delle quali si applicano diverse procedure di aggiudicazione.

4. Questa prevalenza di attenzione per le opere infrastrutturale ha molto condizionato anche la concezione del ciclo del progetto, mentre rimane del tutto inesplorata la questione della programmazione e della progettazione dei servizi che invece interessa un settore economico di importanza crescente e su cui le amministrazioni pubbliche/stazioni appaltanti sono oggi prive non solo di norme, ma anche di linee guida che possano ridurre l'asimmetria informativa e di competenze rispetto agli operatori privati.

5. Evitare il fenomeno della "invasività": rimane infatti legittimo domandarsi se sia proprio giusto che il Codice si occupi di fatto di aspetti quali le norme tecniche delle costruzioni, di profili societari e di tanti altri profili che attengono ad altrettanti diritti: ambientale, societario, fallimentare, ecc.

Sul tema delle concessioni e del PPP² si presentano due serie di proposte (Contributo A e Contributo B), fra loro compatibili ma ispirate a due differenti finalità:

- gli emendamenti proposti nel "Contributo A)" hanno come primo obiettivo quello di armonizzare le parti III e IV del Codice, su Concessioni e PPP. Nella versione attuale, infatti, le due parti non appaiono coordinate e sono spesso in conflitto tra loro. Alcuni degli emendamenti rispondono inoltre a problemi specifici legati a singoli istituti e propongono un primo intervento chiarificatore, mentre attraverso i commenti si è rinviato - in modo aperto - ad ulteriori questioni che dovranno trovare svolgimento nella successiva evoluzione della normativa;
- gli emendamenti inclusi nel "Contributo B)", invece, hanno come obiettivo il superamento di alcune criticità emerse nella pratica di costruzioni di operazioni di partenariato pubblico privato, laddove la sottovalutazione della prospettiva dell'investitore e del soggetto finanziatore ha impedito finora la formazione di un significativo mercato del PPP e uno scarso ricorso a queste forme - innovative e necessarie - di partecipazione di capitali privati alla realizzazione di opere pubbliche. Su questa linea si pongono anche quegli emendamenti che forniscono una prima proposta chiarificatrice su alcuni puntuali passaggi del nuovo testo normativo.

Nella Seconda Parte del dossier viene allegata tutta la documentazione raccolta dall'Osservatorio a seguito di un primo incontro con gli stakeholders, tenuto a porte chiuse, in data 13 dicembre 2016.

² Data la rilevanza del tema, l'Osservatorio ha già in programma – per il 27 marzo – un'iniziativa dedicata.

Pertanto, la paternità delle proposte incluse nella Seconda Parte è da ricondurre ai soggetti firmatari di ciascun contributo. In questo caso l'Osservatorio si fa volentieri veicolo – verso le istituzioni di governo - di istanze che emergono dalla viva pratica delle nuove norme da parte degli operatori.

**PARTE PRIMA LE PROPOSTE DELL'OSSERVATORIO SUI
CONTRATTI PUBBLICI**

PROGRAMMAZIONE E PROGETTAZIONE

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|---|---|
| <p>1. Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatici e in coerenza con il bilancio.</p> <p>OMISSIS</p> <p>3. Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000 euro e indicano, previa attribuzione del codice unico di progetto di cui all'articolo 11, della legge 16 gennaio 2003, n. 3, i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto</p> | <p><i>1.bis La programmazione costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. Essa ha lo scopo di determinare il quadro delle esigenze di approvvigionamento di risorse dal mercato in relazione agli obiettivi di mandato delle amministrazioni aggiudicatrici, valutandone le alternative, i rischi ed i costi totali sul loro ciclo di vita. La programmazione, in quanto riferita ai fabbisogni necessari al raggiungimento di obiettivi di mandato, non si riferisce necessariamente ad appalti singoli, ma può riferirsi a più appalti per l'acquisizione di risorse che complessivamente costituiscono il fabbisogno.</i></p> <p>3. Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore, stimato <i>attraverso lo studio di identificazione di cui al successivo art. 21-bis</i>, sia pari o superiore a 100.000 euro e indicano, previa attribuzione del codice unico di progetto di cui all'articolo 11, della legge 16 gennaio 2003, n. 3, i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a</p> |

| | |
|--|---|
| <p>ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente il progetto di fattibilità tecnica ed economica.</p> <p>OMISSIS</p> <p>7. Il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul profilo del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio di cui all'articolo 213, anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni e delle province autonome di cui all'articolo 29, comma 4.</p> | <p>contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente lo studio di fattibilità.</p> <p><i>idem</i></p> <p>7-bis. Il programma definisce l'obiettivo di mandato da perseguire ed il relativo contesto di riferimento, ed identifica i fabbisogni che ne derivano. Esso deve comprendere, al minimo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <i>a) la valutazione delle effettive esigenze, quantitative e qualitative, anche in relazione alle risultanze della spending review;</i> <i>b) la qualificazione delle risorse necessarie, attraverso individuazione dei requisiti e valutazione delle alternative tecniche e commerciali, anche in base alle risultanze delle consultazioni di mercato svolte secondo quanto previsto dall'art. 66 del presente codice;</i> <i>c) l'ottimizzazione dei fabbisogni in relazione alle modalità di raggiungimento degli obiettivi di mandato, in termini di tipologia, modalità procedurali e contrattuali</i> |
|--|---|

| | |
|--|--|
| | <p><i>di approvvigionamento;</i></p> <p><i>d) la valutazione dei rischi di approvvigionamento e dell'impatto sui risultati attesi, e le attività ed i costi necessari alla loro gestione;</i></p> <p><i>e) la stima documentata del costo totale sul ciclo di vita delle risorse da acquisire, e l'individuazione delle forme di finanziamento;</i></p> <p><i>f) la indicazione dei criteri per la valutazione dell'efficacia sia delle procedure di affidamento, che della qualità delle risorse acquisite in relazione alla loro capacità di soddisfare gli obiettivi di mandato che ne hanno determinato il fabbisogno.</i></p> |
|--|--|

Art. 21-bis

Fase di pre-investimento. Studio di Identificazione del progetto

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|----------------------|---|
| assente | <p><i>1. Lo studio di identificazione del progetto, definito anche studio di pre-fattibilità o di pre-investimento, definisce preliminarmente l'obiettivo, i risultati attesi e le proposte progettuali che consentono di soddisfare in misura migliore i fabbisogni identificati. Tale definizione è effettuata con stima parametrica, senza indagini di campo, tenuto conto delle pregresse migliori esperienze in contesti similari.</i></p> <p><i>2. Lo studio di identificazione deve consentire di decidere se è opportuno o meno procedere con la formulazione (studio di fattibilità e progettazione) del progetto.</i></p> |

Art. 22

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|---|---|
| <p>1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori.</p> <p>OMISSIS</p> <p>OMISSIS</p> <p>4. 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.</p> | <p>1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, <i>gli studi</i> di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori.</p> <p>4. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di <i>revisione</i> del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico.</p> |

Art. 23

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|---|---|
| <p>1. La progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo ed è intesa ad assicurare:</p> <p>OMISSIS</p> | <p>1. La progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in studio di fattibilità, progetto definitivo e progetto esecutivo ed è intesa ad assicurare:</p> <p>OMISSIS</p> |

| | |
|--|--|
| <p>5. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire. Il progetto di fattibilità comprende tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, ivi compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali. Il progetto di fattibilità deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa.</p> | <p>5. Lo studio di fattibilità individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire. Lo studio di fattibilità comprende tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, ivi compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali. Lo studio di fattibilità deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa.</p> |
| <p>6. Il progetto di fattibilità è redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche e geognostiche, di verifiche preventive dell'interesse archeologico, di studi preliminari sull'impatto ambientale e evidenzia, con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia; indica, inoltre, le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, le esigenze di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale, nonché i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare ad un livello tale da consentire, già in sede di approvazione del progetto medesimo, salvo circostanze imprevedibili, l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie.</p> | <p>6. Lo studio di fattibilità è redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche e geognostiche, nell'ambito del progetto definitivo, di verifiche preventive dell'interesse archeologico, di studi preliminari sull'impatto ambientale e evidenzia, con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia; indica, inoltre, le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, le esigenze di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale, nonché i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare ad un livello tale da consentire, già in sede di approvazione dello studio medesimo, salvo circostanze imprevedibili, l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie.</p> |
| <p>7. Il progetto definitivo individua</p> | <p>7. Il progetto definitivo individua</p> |

| | |
|--|--|
| <p>compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti,</p> <p>OMISSIS</p> | <p>compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dallo studio di fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti,</p> <p>OMISSIS</p> |
|--|--|

Art. 25

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|---|--|
| <p>1. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 28, comma 4, del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per le opere sottoposte all'applicazione delle disposizioni del presente codice, le stazioni appaltanti trasmettono al soprintendente territorialmente competente, prima dell'approvazione, copia del progetto di fattibilità dell'intervento e di uno stralcio di esso sufficiente ai fini archeologici, ivi compresi gli esiti delle indagini geologiche e archeologiche preliminari, con particolare attenzione ai dati di archivio e bibliografici reperibili, all'esito delle ricognizioni volte all'osservazione dei terreni, alla lettura della geomorfologia del territorio, nonché, per le opere a rete, alle fotointerpretazioni. Le stazioni appaltanti raccolgono ed elaborano tale</p> | <p>1. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 28, comma 4, del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per le opere sottoposte all'applicazione delle disposizioni del presente codice, le stazioni appaltanti trasmettono al soprintendente territorialmente competente, prima dell'approvazione, copia dello studio di fattibilità dell'intervento e di uno stralcio del progetto definitivo sufficiente ai fini archeologici, ivi compresi gli esiti delle indagini geologiche e archeologiche preliminari, con particolare attenzione ai dati di archivio e bibliografici reperibili, all'esito delle ricognizioni volte all'osservazione dei terreni, alla lettura della geomorfologia del territorio, nonché, per le opere a rete, alle fotointerpretazioni.</p> |

documentazione mediante i dipartimenti archeologici delle università, ovvero mediante i soggetti in possesso di diploma di laurea e specializzazione in archeologia o di dottorato di ricerca in archeologia. La trasmissione della documentazione suindicata non è richiesta per gli interventi che non comportino nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle già impegnate dai manufatti esistenti.

OMISSIS

3. Il soprintendente, qualora sulla base degli elementi trasmessi e delle ulteriori informazioni disponibili, ravvisi l'esistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione, può richiedere motivatamente, entro il termine di trenta giorni dal ricevimento ~~del progetto~~ di fattibilità ovvero dello stralcio di cui al comma 1, la sottoposizione dell'intervento alla procedura prevista dai commi 8 e seguenti. Per i progetti di grandi opere infrastrutturali o a rete il termine della richiesta per la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico è stabilito in sessanta giorni.

OMISSIS

8. La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico si articola in due fasi costituenti livelli progressivi di approfondimento dell'indagine archeologica. L'esecuzione della fase successiva dell'indagine è subordinata all'emersione di elementi archeologicamente significativi all'esito della fase precedente. La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico consiste nel compimento

Le stazioni appaltanti raccolgono ed elaborano tale documentazione mediante i dipartimenti archeologici delle università, ovvero mediante i soggetti in possesso di diploma di laurea e specializzazione in archeologia o di dottorato di ricerca in archeologia. La trasmissione della documentazione suindicata non è richiesta per gli interventi che non comportino nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle già impegnate dai manufatti esistenti.

OMISSIS

3. Il soprintendente, qualora sulla base degli elementi trasmessi e delle ulteriori informazioni disponibili, ravvisi l'esistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione, può richiedere motivatamente, entro il termine di trenta giorni dal ricevimento *dello studio* di fattibilità ovvero dello stralcio di cui al comma 1, la sottoposizione dell'intervento alla procedura prevista dai commi 8 e seguenti. Per i progetti di grandi opere infrastrutturali o a rete il termine della richiesta per la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico è stabilito in sessanta giorni.

OMISSIS

8. La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico si articola in due fasi costituenti livelli progressivi di approfondimento dell'indagine archeologica. L'esecuzione della fase successiva dell'indagine è subordinata all'emersione di elementi archeologicamente significativi all'esito della fase precedente. La procedura di verifica preventiva dell'interesse

| | |
|---|--|
| delle seguenti indagini e nella redazione dei documenti integrativi del progetto di fattibilità: | archeologico consiste nel compimento delle seguenti indagini e nella redazione dei documenti integrativi dello studio di fattibilità: |
| OMISSIS | OMISSIS |

Art. 27

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|--|---|
| <p>OMISSIS</p> <p>3. In sede di conferenza dei servizi di cui all'articolo <u>14-bis</u> della <u>legge n. 241 del 1990</u> sul progetto di fattibilità, con esclusione dei lavori di manutenzione ordinaria, tutte le amministrazioni e i soggetti invitati, ivi compresi gli enti gestori di servizi pubblici a rete per i quali possono riscontrarsi interferenze con il progetto, sono obbligati a pronunciarsi sulla localizzazione e sul tracciato dell'opera, anche presentando proposte modificative, nonché a comunicare l'eventuale necessità di opere mitigatrici e compensative dell'impatto. Salvo circostanze imprevedibili, le conclusioni adottate dalla conferenza in merito alla localizzazione o al tracciato e alle opere mitigatrici e compensative, ferma restando la procedura per il dissenso di cui all'<u>articolo 14-bis</u>, comma 3-bis e all'articolo <u>14-quater, comma 3</u> della predetta <u>legge n. 241 del 1990</u>, non possono essere modificate in sede di approvazione dei successivi livelli progettuali, a meno del ritiro e della ripresentazione di un nuovo progetto di fattibilità.</p> | <p>OMISSIS</p> <p>3. In sede di conferenza dei servizi di cui all'articolo <u>14-bis</u> della <u>legge n. 241 del 1990</u> sul progetto di fattibilità, con esclusione dei lavori di manutenzione ordinaria, tutte le amministrazioni e i soggetti invitati, ivi compresi gli enti gestori di servizi pubblici a rete per i quali possono riscontrarsi interferenze con il progetto, sono obbligati a pronunciarsi sulla localizzazione e sul tracciato dell'opera, anche presentando proposte modificative, nonché a comunicare l'eventuale necessità di opere mitigatrici e compensative dell'impatto. Salvo circostanze imprevedibili, le conclusioni adottate dalla conferenza in merito alla localizzazione o al tracciato e alle opere mitigatrici e compensative, ferma restando la procedura per il dissenso di cui all'<u>articolo 14-bis</u>, comma 3-bis e all'articolo <u>14-quater, comma 3</u> della predetta <u>legge n. 241 del 1990</u>, non possono essere modificate in sede di approvazione degli ulteriori livelli progettuali, a meno del ritiro e della ripresentazione di un nuovo studio di fattibilità.</p> |

MOTIVAZIONE

1. Le modifiche sulla programmazione hanno la finalità di evidenziare che la programmazione è uno strumento che lega il **momento decisionale**, derivante dagli obiettivi di mandato, con quello delle **scelte sulle risorse che è necessario acquisire dal mercato**, e quindi con l'**impegno di spesa**.

L'attuale formulazione dell'art. 21 del codice è invece:

- a) focalizzata sul rispetto degli aspetti formali, senza imporre una completa analisi del fabbisogno e della sua origine;
- b) presentata in modo tale da lasciare intendere che la programmazione è relativa ad un singolo appalto.

Programmare gli appalti singolarmente, prescindendo dalla loro eventuale interdipendenza funzionale, riduce la capacità di ottimizzare e razionalizzare i fabbisogni. Il problema è ancora più grave quando gli appalti trattati singolarmente fanno parte di un piano complessivo, come nel caso delle infrastrutture, nel quale esiste una interdipendenza stretta e una priorità tra le parti. Ne potrebbe conseguire una errata pianificazione, con impatto negativo sulla fruibilità del risultato finale.

Proporre che la programmazione sia fatta a partire dalla considerazione dell'obiettivo (o degli obiettivi) di mandato e del contesto nel quale si esplica, ha lo scopo di considerare il complesso delle forniture necessarie in rapporto al risultato globale da ottenere, e di procedere alla loro ottimizzazione, sia in termini quali-quantitativi e di mercato, che di pianificazione e compatibilità in relazione all'obiettivo.

2. La previsione dell'art. 21-bis e le successive modifiche agli altri articoli che seguono sono volte a meglio definire le fasi di progettazione, al fine di rendere il ciclo di progetto conforme agli standard europei.

Di qui la previsione di una specifica fase di "Identificazione" del progetto (che nel contesto UE dà luogo allo Studio di Pre-Fattibilità), introdotta con l'art. 21-bis.

Si è altresì ridenominato il Progetto di Fattibilità in studio di fattibilità, trattandosi di un documento non progettuale, che nella best practice della UE è realizzato contestualmente al Progetto Definitivo e non propedeuticamente allo stesso, pertanto è stata eliminata la previsione secondo cui detti elaborati sono successivi (v. art. 23).

Le altre modifiche sono di coordinamento con queste principali.

CONSORZI

ART. 47

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|--|---|
| <p>1. I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.</p> <p>2. Per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio;</p> | <p>1. I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, con le modalità previste dal presente codice <i>e al seguente comma 2</i>, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.</p> <p>2. Ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente <i>possono essere posseduti in proprio dal Consorzio o dalle singole imprese consorziate esecutrici, indicate in sede di offerta, ai sensi dell'art. 48, comma 7. In tal caso, i predetti requisiti</i> vengono sommati in capo al consorzio.</p> <p><i>2 bis. La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i consorziati per i quali il consorzio di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c) concorre, i cui requisiti sono utilizzati dal Consorzio ai fini dell'ammissione e qualificazione alle procedure di affidamento, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80.</i></p> <p><i>2 ter. La sussistenza di un motivo obbligatorio di esclusione o la mancanza di un requisito di qualificazione in capo</i></p> |

| | |
|--|---|
| | <p><i>alle consorziate esecutrici di cui al comma 3, i cui requisiti sono utilizzati dal consorzio per l'ammissione e qualificazione alle procedure di affidamento, impone al consorzio di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), di sostituire le predette consorziate.</i></p> |
|--|---|

MOTIVAZIONE

La modifica interviene a chiarire le modalità di partecipazione del consorzio stabile alla gara (non definite nel Nuovo Codice), con il riconoscimento, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa:

- a) che il consorzio stabile è un concorrente che si qualifica in forma monosoggettiva per la partecipazione alla gara (a differenza degli RTI e dei consorzi ordinari) ed è una persona giuridica (ai sensi dell'art. 3, lett. p, che costituisce una comune struttura di impresa tra consorziati) ;
- b) che il consorzio stabile, in forza della sua natura, si qualifica in gara, per quanto attiene ai requisiti speciali (capacità economica e tecnica):
 - i) o con i requisiti posseduti in proprio;
 - ii) o cumulando quelli delle consorziate indicate come esecutrici;
 - iii) sommando sempre le attrezzature e i mezzi d'opera, nonché l'organico medio annuo di tutte le consorziate.

Le imprese consorziate indicate come esecutrici e per le quali il consorzio concorre, sono poi tenute al rispetto del divieto di partecipare alla gara in altra forma ex art. 48, comma 7.

Di conseguenza è abrogato il limite dei 5 anni di vita. L'eliminazione di questo limite, non previsto dalla normativa europea e sostanzialmente differente dalla precedente normativa, si rende necessario perché in tal modo verrebbe meno la stessa ratio della figura del consorzio stabile e il consorzio inoltre si troverebbe nell'impossibilità, dopo i 5 anni, di sommare i requisiti delle consorziate, con l'effetto contrario di disincentivare questa forma di aggregazione stabile che diventerebbe inutile e poco coerente con le sue finalità. Inoltre, non si consentirebbe al consorzio di far valere requisiti acquisiti anche successivamente ai 5 anni, con l'ingresso di nuovi consorziati che ad esempio operino in settori nuovi, dove il consorzio non ha maturato requisiti propri. Ciò si tradurrebbe, peraltro, sotto più profili, in una limitazione ingiustificata della libertà di impresa.

Con l'ultimo comma si intende uniformare la disciplina dei consorzi stabili, quali concorrenti monosoggettivi, a quella degli altri operatori economici che partecipano singolarmente alla gara e che possono sostituire l'impresa di cui si avvalgono (v. art. 89, comma 3, sulla sostituzione della società ausiliaria in caso di perdita dei requisiti). In

particolare, si limita per i consorzi la sostituzione al caso in cui l'impresa non apporta i propri requisiti in gara.

MOTIVI DI ESCLUSIONE

ART. 80

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|---|---|
| OMISSIS | |
| <p>3. L'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.</p> | <p>3. L'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.</p> |
| <p>4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle</p> | <p>4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle</p> |

| | |
|--|---|
| <p>imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.</p> | <p>imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande <i>o prima della stipula del contratto, nel caso in cui l'omesso pagamento si sia verificato successivamente alla presentazione della domanda o l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali successivamente alla scadenza del termine per presentare domanda.</i></p> |
|--|---|

MOTIVAZIONE

Comma 3

Non c'è motivo di estendere agli organi di vigilanza dell'azienda la verifica sulle cause di esclusione dalle gare essendo organi che non sono nell'amministrazione della Società (si pensi all'Organismo di Vigilanza 231/01) e spesso sono soggetti esterni alla Società.

In tal modo si estende oltremodo la causa di esclusione e si limita senza motivazione la concorrenza.

Comma 4

La Direttiva europea 24/2014, all'art. 57 comma 2 stabilisce che:

“2. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere o possono essere obbligate dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura d'appalto un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali. Il presente paragrafo non è più applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe”.

Al paragrafo 3 del medesimo art. 57 si prevede inoltre che:

“Gli Stati membri possono inoltre prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali o qualora l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito, come previsto al paragrafo 2, terzo comma, prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta”.

Alla luce delle previsioni della Direttiva, occorre quindi integrare il disposto normativo nazionale, che non è in linea con le stesse laddove prevede che l'impegno a pagare possa essere ritenuto valido solo ove precedente alla domanda di partecipazione. Si introduce quindi una precisazione che rispecchia la normativa europea che espressamente prevede la possibilità di sanare il debito fiscale anche successivamente alla presentazione della domanda di gara a determinate condizioni. Ciò risponde ai principi di massima partecipazione, non viola la par condicio ed è coerente con l'impianto delle direttive che fanno salvi comportamenti riparatori ai fini della partecipazione alle gare pubbliche.

SUBAPPALTO

a) LIMITE DEL 30%

ART 105, comma 2

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|---|--|
| <p>2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Per gli appalti di lavori non costituiscono comunque subappalto le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del [sub]contratto da affidare. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i</p> | <p>2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Per gli appalti di lavori non costituiscono comunque subappalto le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del [sub]contratto da affidare. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia</p> |

| | |
|------------------------------|--|
| requisiti di cui al comma 7. | incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7. <i>Nel bando o nell'avviso con cui viene indetta la procedura o nella successiva lettera di invito le stazioni appaltanti devono indicare, specificandone la motivazione, se vi sono prestazioni che non possono essere subappaltate perché essenziali.</i> |
|------------------------------|--|

MOTIVAZIONE

Secondo il secondo comma dell'art. 105 il subappalto non può superare “la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture” – estendendo la previsione che nel vecchio Codice (art. 118) si riferiva ai soli servizi e forniture – e, nel caso in cui vi siano opere c.d. superspecialistiche ai sensi dell'art. 89, co. 11, la quota del 30% di dette opere.

La disposizione pone dunque un limite percentuale fisso al subappalto, senza distinzione tra opere scorporabili e non, obbligando l'appaltatore ad organizzarsi in proprio per l'esecuzione di una quota parte anche delle opere superspecialistiche.

Queste previsioni, che non trovano un preciso riscontro nella legge delega – la quale richiedeva una disciplina specifica del subappalto con obbligo per il concorrente di indicare in gara le parti del contratto che intende subappaltare, nonché la terna di subappaltatori – andrebbero riviste non solo perché oggetto di forti critiche, ma altresì e soprattutto perché pongono problemi di compatibilità: (i) con la legge delega; (ii) con il diritto europeo.

Sotto il primo profilo, la previsione di un limite quantitativo al subappalto potrebbe violare il divieto di *gold plating* (criterio a) della legge delega): il condizionale deriva dal fatto che detta previsione potrebbe risultare giustificata dalla necessità di perseguire determinati obiettivi prevalenti alla luce di patologie presenti soprattutto in alcuni territori italiani (ma se ne dovrebbero comunque valutare attentamente gli effetti nei contesti nei quali non si riscontrano le suddette patologie).

Tuttavia, appare non eludibile il secondo profilo. Viene infatti in considerazione in particolare una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, con sentenza della III Sezione, 14 luglio 2016 nella causa C-406/14, ha così concluso la “direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 2083/2005 della Commissione, del 19 dicembre 2005, deve essere interpretata nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d'onori di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di

risorse proprie.”. La decisione è riferita ad una gara indetta in base alla normativa polacca, che impone all'affidatario di eseguire in proprio almeno il 30% dei lavori. Nella motivazione la Corte svolge alcune interessanti considerazioni, in particolare che le amministrazioni possono: (i) vietare il subappalto quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e (ii) limitarlo in relazione alle prestazioni che ritengano essenziali.

In sostanza, la Corte sanziona la normativa polacca perché richiede l'esecuzione diretta, da parte dell'appaltatore, di una percentuale fissa, determinata in maniera astratta e indiscriminata (nel caso, era il 30%).

Peraltro, già nel 2015 la Corte aveva svolto alcune considerazioni critiche della astrattezza dei limiti del subappalto introdotti da alcune stazioni appaltanti nel rispetto della normativa italiana (cfr. sentenza 22.10.2015 nella causa C – 425/2014).

Entrambe le decisioni sono riferite alla direttiva del 2004, ma le conclusioni cui è pervenuta la Corte sembrano condivisibili anche alla luce del mutato quadro normativo. Pertanto, si propone che dall'art. 105 venga espunta qualsiasi limitazione percentuale astratta al subappalto, dovendosi piuttosto autorizzare – eventualmente - le stazioni appaltanti ad inserire nei bandi di gara divieti di subappaltare le prestazioni espressamente e motivatamente qualificate come 'essenziali' (ultimo periodo del comma 2).

CONCESSIONI E PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO - CONTRIBUTO A)

Art. 3. Definizioni.

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|---|---|
| 1. Ai fini del presente codice si intende per: | |
| r) «promotore», un operatore economico che partecipa ad un partenariato pubblico privato; | r) «promotore», un operatore economico che <i>presenta una proposta che ha ad oggetto una concessione o un altro contratto di partenariato pubblico privato, approvata dall'amministrazione aggiudicatrice e posta a base delle successive fasi della procedura di scelta del contraente.</i> |
| zz) «rischio operativo», il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile; | zz) «rischio operativo», il rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario <i>o al contraente privato di un altro contratto di partenariato pubblico privato.</i> Si considera che il concessionario <i>o il contraente privato di un altro contratto di partenariato pubblico privato</i> assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione <i>ovvero degli altri costi sostenuti dal contraente privato di un altro contratto di partenariato pubblico privato.</i> La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile; |
| aaa) «rischio di costruzione», il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera; | aaa) «rischio sul lato della domanda», il rischio associato alle oscillazioni della domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto, fatte salve quelle dipendenti dalla domanda di lavori e servizi da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. <i>Nelle ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice versi un canone all'operatore economico, tale rischio è connesso</i> |
| bbb) «rischio di disponibilità», il rischio legato alla capacità, da parte del | |

| | |
|--|--|
| <p>concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;</p> <p>eee) «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa;</p> | <p><i>all'effettivo utilizzo dell'opera o del servizio da parte degli utenti;</i></p> <p><i>bbb) «rischio sul lato dell'offerta», il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare che tale offerta non corrisponda alla domanda, proveniente dalla stessa amministrazione o dagli utenti, sia per volume che per standard di qualità previsti (mancata performance). Tale tipologia di rischio può riguardare la fase di realizzazione dell'opera, la sua gestione o la sua messa in disponibilità dell'amministrazione, ovvero la gestione di un servizio. Il rischio sul lato dell'offerta comprende il rischio relativo alla fase di costruzione dell'opera.</i></p> |
| <p>eee) «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat;</p> | <p>eee) <i>«partenariato pubblico privato», la categoria di contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto con i quali una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività, con assunzione di rischio operativo, secondo modalità individuate nel contratto.</i></p> <p><i>Tali attività consistono:</i></p> <p><i>1) nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa;</i></p> <p><i>2) ovvero nella fornitura di un servizio indipendente dalla realizzazione di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico.</i></p> <p>Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat;</p> |

MOTIVAZIONE

Per dare completezza alla disciplina delle concessioni e dei partenariati pubblici privati (PPP), è necessario partire da un intervento sulle definizioni dettate dall'art. 3, con riferimento a quelle rilevanti per le parti in esame.

- **definizione di promotore (lett. r):** è opportuno chiarire che l'operatore che partecipa a un partenariato non per forza ne è "promotore" ma lo è solo nel caso di una procedura ad iniziativa privata, da lui stesso intrapresa. Si consideri, inoltre, che l'art. 183, comma 15 (nella versione attuale) distingue fra "*proponente*" (operatore economico che presenta una proposta che ha ad oggetto una concessione o un altro contratto di partenariato pubblico privato) e "*promotore*" (qualifica che si ottiene a seguito della valutazione positiva della proposta da parte dell'amministrazione, con conseguente concessione del c.d. "*diritto di prelazione*"), sebbene tale distinzione non sia sempre certa nella lettera della disposizione stessa;

- **definizione di rischio operativo (lett. zz):** il rischio operativo non deve essere riferito solo alle concessioni, ma anche agli altri contratti di partenariato pubblico privato, i quali, al pari delle prime, sono fondati sul trasferimento del rischio;

- **definizione dei rischi (lett. aaa, bbb, ccc):** appare necessario superare la classificazione dei rischi contenuta nelle vecchie decisioni di Eurostat del 2004 (rischio di costruzione, domanda e disponibilità) per adottare quella della direttiva 23/2014/UE (rischio sul lato dell'offerta e sul lato della domanda). Tale ultima classificazione, infatti, comprende (e supera) la prima. Pertanto, è necessario dettare le definizioni delle nuove tipologie di rischio, alla luce delle seguenti considerazioni:

Rischio dal lato della domanda: la domanda di lavori proviene sempre dall'amministrazione. Nella fase della gestione dell'opera o del servizio, la domanda del servizio gestito può provenire dalla stessa amministrazione (nel caso di opere fredde) o anche dagli utenti (nel caso di opere calde). Tuttavia, non può essere trasferito sul privato il rischio connesso alla domanda proveniente dalla p.a., anche alla luce del considerando 20 della direttiva 23 che afferma il principio secondo il quale "*un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti*". Dunque, il ***rischio dal lato della domanda***, deve essere individuato solamente in relazione alle oscillazioni della domanda che proviene dagli utenti del servizio. Nel caso di opere o servizi freddi, il trasferimento del rischio di domanda potrebbe configurarsi solo quando il canone pagato dalla p.a. al concessionario sia dipendente dall'effettivo utilizzo dell'opera o del servizio da parte degli utenti (come nel caso dei già ricordati *pedaggi ombra*). Tale conclusione, peraltro, porta a far perfettamente coincidere il *rischio dal lato della domanda* della direttiva 2014/23/UE con il *rischio di domanda* individuato da Eurostat nella determina dell'11 febbraio 2004.

Rischio dal lato dell'offerta: l'offerta di lavori e servizi proviene sempre dal privato e, dunque, le fluttuazioni dal lato dell'offerta dipendono da causa propria dello stesso. La direttiva 23 spiega che "*per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio*

associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda". Il rischio dal lato dell'offerta può riguardare la fase della costruzione dell'opera, ovvero l'offerta di lavori. Tale rischio non appare dissimile a quello che già Eurostat 2004 aveva definito come rischio di costruzione. Il rischio dal lato dell'offerta può riguardare la fase successiva alla costruzione dell'opera (gestione dell'opera realizzata ovvero sua messa in disponibilità) ovvero un servizio (senza che via sia stata prima la costruzione dell'opera). In questo caso, il rischio è quello che privato non riesca a garantire prestazioni in quantità e qualità necessari (mancata *performance*). Nel caso di opere o servizi freddi, l'insufficienza dell'offerta si traduce nella mancata o insufficiente erogazione all'amministrazione del servizio contrattualmente pattuito ovvero nella inadeguata messa in disponibilità (qualora manchi una gestione). In tale ipotesi, il rischio dal lato dell'offerta va a coincidere con il rischio di disponibilità già definito da Eurostat 2004. Nel caso in cui la domanda del servizio gestito provenga dagli utenti (concessioni calde), il rischio del concessionario dal lato dell'offerta è quello di non riuscire a soddisfare tale domanda. Tale categoria di rischio, a ben vedere, rimaneva estranea alla identificazione dei rischi di Eurostat. Dunque, il ***rischio dal lato dell'offerta*** di cui alla direttiva 2014/23/UE comprende i *rischi di costruzione* e di *disponibilità* già identificati da Eurostat e, tuttavia, è ancora più ampio, poiché contempla anche il rischio di offerta insufficiente a fare fronte alla domanda degli utenti nel caso di opere o servizi caldi.

- **definizione di PPP (lett. eee)**: il partenariato pubblico privato non è un singolo contratto ma, più correttamente, una categoria di contratti; inoltre, si segnala che l'art. 3 (nella disposizione attuale) si riferisce sempre e solo alle "opere", mentre è evidente che devono considerarsi possibili anche forme di PPP che riguardano servizi; infine, anche per i PPP è necessario superare il riferimento ai rischi di Eurostat e, pertanto, coordinare il testo con le nuove definizioni di rischio cui alla direttiva 23 (vedi sopra).

PARTE III - CONTRATTI DI CONCESSIONE

Art. 164. Oggetto e ambito di applicazione.

| | |
|---|--|
| <p>2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.</p> | <p>2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili con il principio di libera amministrazione di cui all'art. 166 oltreché con le altre disposizioni speciali contenute nella presente parte, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.</p> |
|---|--|

MOTIVAZIONE

Alle concessioni deve applicarsi il principio di derivazione europea della libera amministrazione, contenuto anche nell'art. 166 CdC, con la conseguenza che il rinvio interno alle disposizioni sugli appalti deve essere compatibile con tale clausola di flessibilità.

Art. 165. Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni.

| | |
|---|---|
| <p>1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del</p> | <p>1. I contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv) comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere</p> |
|---|---|

| | |
|--|--|
| <p>piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.</p> | <p>significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.</p> <p><i>1 bis. Le concessione di lavori e servizi possono essere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione o dell'ente aggiudicatore ed essere da questi remunerate, a condizione che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura, con conseguente assunzione da parte del concessionario del rischio operativo.</i></p> |
| <p>2. L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> | <p>2. L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può determinare il venire meno del trasferimento del rischio operativo in capo al concessionario e comunque essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> |
| <p>3. La sottoscrizione del contratto di concessione ha luogo dopo la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto di</p> | <p>3. La sottoscrizione del contratto di concessione ha luogo dopo la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto di</p> |

concessione è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione. Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.

concessione è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione. ***Nel caso in cui il concessionario dia adeguata giustificazione di tale ritardo nel perfezionamento del contratto di finanziamento per cause a lui non imputabili, il concedente può rinunciare alla predetta risoluzione di diritto e concedere al concessionario un ulteriore termine di dodici mesi per il medesimo adempimento, trascorso inutilmente il quale il contratto di concessione è risolto di diritto.*** Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.

6. Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Al concessionario spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.

6. Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può *deve* comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. ***La revisione del piano economico finanziario è, ad esempio, causata da variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti o alle condizioni di base di piano economico finanziario, nonché da norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario.*** La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. ***Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente. La revisione del piano economico finanziario, alle medesime condizioni di cui ai capoversi precedenti, è ammessa anche in relazione a fatti verificatisi tra la presentazione dell'offerta e la stipula del contratto. In relazione a fatti successivi alla stipula del contratto di concessione,*** in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Al concessionario spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto

| | |
|--|---|
| | degli ammortamenti e dei contributi pubblici. |
|--|---|

MOTIVAZIONE

Non si comprende perché l'attuale primo comma dell'art. 165 abbia, di fatto, abolito **le concessioni fredde** (che erano previste dall'art. 143, comma 9, d.lgs. 163/2006) nonostante queste siano espressamente contemplate nel considerando 18 della direttiva 23/2014/UE. Peraltro, in Italia, l'istituto delle concessioni fredde è stato largamente applicato (ad esempio, per realizzare ospedali). Pertanto, si ritiene sia opportuno inserire un apposito comma che preveda espressamente la possibilità delle concessioni fredde.

Per quanto riguarda il **finanziamento pubblico** della concessione, il limite del 30% fissato dalla disposizione sembra troppo basso e, pertanto, potrebbe impedire il realizzarsi di operazioni che comunque possono consentire risparmi di spesa pubblica rilevanti (il suggerimento è anche di ANCPL e ANCE).

La decisione di prevedere una **risoluzione di diritto** del contratto *tout court* pare eccessiva e non se ne comprende fino in fondo la *ratio*; sarebbe meglio prevedere che l'Amministrazione possa tenere conto delle eventuali responsabilità del concessionario nel ritardo della sottoscrizione del contratto di finanziamento (il suggerimento è di ANCPL e ANCE).

Nei casi previsti dalla legge, la **revisione del piano economico finanziario** non può essere eventuale ma deve costituire un diritto del concessionario (lo suggerisce anche ANCPL). Pare, inoltre, opportuno reinserire alcune parti dell'abrogato art. 143, comma 8, d.lgs. 163 del 2006, relative all'individuazione dei presupposti della revisione e all'eventualità che il PEF sia a favore dell'amministrazione. Pare anche necessario prevedere che le variazioni del PEF possano intervenire anche in relazione a fatti accaduti nella fase (che può essere anche lunga mesi o anni) che va dalla presentazione del PEF iniziale in sede di offerta alla stipula del contratto di concessione, e prima di tale stipula.

Art. 166. Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche.

| | |
|---------------|---|
| Non presente. | <i>2. A fronte del principio di libera amministrazione, sono previsti sistemi di controllo del risultato sugli esiti dell'affidamento e sull'esecuzione del contratto, anche in relazione alle singole fasi. Tali controlli presuppongono il confronto tra i risultati programmati e quelli raggiunti, tanto con riferimento alla fase dell'affidamento del</i> |
|---------------|---|

| | |
|--|---|
| | <p><i>contratto che a quella dell'esecuzione, secondo il principio del migliore impiego possibile delle risorse pubbliche (best value) e con la responsabilizzazione, attraverso sistemi di sanzioni e incentivi, dei funzionari pubblici responsabili del perseguimento del risultato.</i></p> |
|--|---|

MOTIVAZIONE

A fronte del principio di libera amministrazione (che consente l'uso di procedure flessibili e discrezionali e che comporta l'attribuzione di grande fiducia alla pubblica amministrazione), è necessario prevedere (almeno in linea di principio) controlli sui risultati (*performance*) conseguiti, con la responsabilizzazione dei funzionari pubblici. Tale parte è completamente assente nella versione attuale del Codice e costituisce una grave lacuna che potrà avere effetti enormi in termini di inefficienza e di corruzione. È chiaro che limitarsi a introdurre una norma di principio non risolve il problema, ma potrebbe essere l'avvio di una seria riflessione sulla questione. L'attuazione concreta del principio potrebbe affidata alla *soft law*. Il modello da seguire potrebbe essere il sistema inglese, centrato sul concetto di *best value*. Analoghe considerazioni valgono non solo per le concessioni, ma anche per i PPP.

Art. 173. Termini, principi e criteri di aggiudicazione.

| | |
|---|--|
| <p>1. Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui all'articolo 30.</p> | <p>1. Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui all'articolo 30.</p> <p><i>1 bis. Nel rispetto del principio di libera amministrazione di cui all'art. 166, il concessionario è scelto preferibilmente attraverso procedure flessibili che coinvolgano la negoziazione delle soluzioni prospettate dagli offerenti.</i></p> |
|---|--|

MOTIVAZIONE

Si suggerisce l'introduzione di una norma che induca a utilizzare, per l'affidamento delle concessioni, procedure flessibili che consentano l'apprendimento dell'amministrazione, finalizzato al miglioramento dei documenti da mettere a base di gara. L'esperienza ha dimostrato i danni enormi che ha causato l'utilizzazione di procedure aperte o ristrette per affidare concessioni complesse, sulla base di scarse informazioni della p.a. Si pensi, ad esempio, alle concessioni per la costruzione e gestione di grandi ospedali, affidate con procedure aperte o ristrette, con necessità di

rinegoziare il contratto (viste le lacune dei documenti posti a base di gara), a volte anche prima dell'inizio della costruzione.

Art. 174. Subappalto.

Le eventuali proposte di modifica di tale disposizione vanno coordinate con quelle relative al sub-appalto dei lavori.

Art. 176. Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro.

La disposizione appare particolarmente problematica e, peraltro, non appare coerente con le analoghe disposizioni in materia di appalti di cui agli artt. 108 e 109 del Codice. Non pare, tuttavia, possibile procedere ad una proposta di emendamento della disposizione stessa, se, prima, non si risolvono alcune questioni teoriche di fondo.

In primo luogo, non è chiara la **natura (pubblicistica/privatistica) degli strumenti** previsti da tale disposizione; in particolare, ciò vale per la “cessazione” di cui al comma 1, che potrebbe avere tanto natura pubblicistica, come dice il Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016 (il comma 1 prevede vizi originari del procedimento di aggiudicazione; i comma 2 e 3 fanno espresso riferimento all'annullamento d'ufficio), quanto natura privatistica (la lett. c del comma 1 fa riferimento al contratto; la corrispondente disposizione sugli appalti – art. 108 – parla di “risoluzione”). Pertanto, il Legislatore dovrebbe scegliere fra le **due alternative**: **a)** chiarire che affinché si verifichi la “cessazione” di cui al comma 1 è necessario un intervento in autotutela (pubblicistica) della PA, nella forma dell'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione; in tal caso, occorrerebbe intervenire sul testo dell'art. 108, per il necessario coordinamento, come sollecitato anche dal Consiglio di Stato nel citato parere; **oppure b)** precisare che le tre fattispecie di “cessazione” sono da intendersi quali casi di risoluzione (privatistica) *ipso iure* del contratto di concessione. In entrambi i casi vi sarebbe la necessità di adeguare la rubrica dell'art. 176.

Inoltre, qualora il Legislatore intendesse privilegiare i rimedi “contrattuali” per la fine anticipata della concessione, potrebbe intervenire sui commi 4 e ss. ed escludere che la PA possa revocare concessioni in essere per motivi di interesse pubblico, prescrivendo – in luogo della revoca – il ricorso all'istituto del recesso (in conformità con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 14 del 2014).

In ogni caso, qualsiasi intervento deve rispettare il principio per cui, una volta stipulato il contratto, si deve assicurare un rapporto di tendenziale parità fra il contraente pubblico e quello privato, privilegiando interventi sul contratto a quelli sul provvedimento amministrativo.

Il tema è di particolare rilevanza, anche perché, con riferimento alle concessioni, ha effetti sulla disponibilità degli istituti bancari a procedere al finanziamento iniziale del progetto.

Art. 177. Affidamenti dei concessionari.

| | |
|---|--|
| <p>1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.</p> | <p>1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da soggetti in house alle condizioni di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.</p> <p><i>1-bis. Il comma 1 non si applica ai contratti aventi ad oggetto unicamente lavori di manutenzione straordinaria.</i></p> <p><i>1-ter. Nell'ipotesi di cui al comma 1, è espressamente escluso il riequilibrio del PEF per effetto dell'applicazione dell'art. 165 comma 6 del presente codice così come dell'art.143 comma 8 del d.lgs. 163/2006.</i></p> |
|---|--|

MOTIVAZIONE

Le prime due modifiche intendono correggere altrettanti errori materiali, che potrebbe essere opportuno segnalare nonostante non siano stati rilevati dagli *stakeholder*.

La terza modifica è stata sollecitata dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016, secondo cui il soggetto *in house* non deve necessariamente rivestire la forma societaria.

Dal punto di vista sostanziale, invece, occorre segnalare che, in merito all'art. 177, numerose critiche sono state avanzate da AISCAT. In primo luogo è stata lamentata la retroattività della norma, da cui – secondo quanto prospettato – conseguirebbe l'illegittimità costituzionale ed europea dell'articolo. In subordine, viene lamentato che alla retroattività della norma (che, secondo AISCAT, avrebbe effetti sostanzialmente espropriativi) non è stata fatta seguire la previsione di alcun indennizzo per i concessionari, che nel frattempo potrebbero essersi organizzati per eseguire in proprio le prestazioni convenute, affrontando spese significative per dotarsi di mezzi e di personale. Infine, viene contestato che l'obbligo di affidamento a terzi riguarda anche le manutenzioni, definite come “*attività nevralgiche per la funzionalità delle infrastrutture autostradali e per la sicurezza della circolazione, (...) fonte di diretta responsabilità (...) e in molti casi non programmabili, da effettuarsi in costanza di traffico*”.

Alla luce di tali obiezioni, è stato proposto l'inserimento del comma 1-*bis*, che si propone di inserire. Non sembra opportuno intervenire sulla retroattività della norma (un tale intervento, del resto, si risolverebbe nell'abrogazione dell'intero articolo, atteso che esso si riferisce unicamente alle concessioni in essere e non anche alle nuove concessioni), che trova esplicito fondamento nella legge delega e che è stata avallata anche dal Consiglio di Stato. Non sembra praticabile nemmeno un indennizzo in favore dei concessionari, che si risolverebbe in un'ulteriore fonte di spesa per la pubblica amministrazione. Un compromesso ragionevole, in parziale accoglimento dei rilievi di AISCAT, sembra essere quello di escludere dall'obbligo di affidamento a terzi almeno le manutenzioni straordinarie, atteso che spesso non sono preventivamente programmabili dal concessionario e che la necessità di dover espletare ogni volta una procedura di gara potrebbe causare eccessivi ritardi.

Deve, in ultimo, essere segnalata una criticità che potrebbe fare diventare la disposizione in questione un vero e proprio *boomerang* per le pubbliche amministrazioni. Tale disposizione, infatti, potrebbe determinare una variazione delle condizioni dei PEF per fatto non dipendente dal concessionario (*i.e.* la modifica normativa) tale da comportare l'applicazione dell'attuale art. 165, comma 6, del Codice ovvero, più correttamente *ratione temporis* (dato che si tratta di contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice) del corrispondente art. 143, comma 8, d.lgs. 163/2006, con conseguente obbligo di riequilibrio. Occorre escludere espressamente tale eventualità. Tale proposta di modifica potrebbe ovviamente andare contro gli interessi dei concessionari (compresi i nostri *stakeholders*).

PARTE IV - PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO E CONTRAENTE GENERALE

Art. 179. Disciplina comune applicabile.

L'intervento su questa disposizione è difficile e, forse, impossibile poiché si tratta di una disposizione eccessivamente generica, che si riferisce a istituti troppo diversi fra loro (PPP, *in house*, contraente generale).

TITOLO II - PARTENARIATO PUBBLICO

Alcune osservazioni generali:

- il Titolo II, della Parte IV, sui PPP, non appare coordinato con la Parte III sulle concessioni. La cosa è particolarmente rilevante se si considera che le concessioni costituiscono una forma particolare di PPP;
- la disciplina dei PPP non appare riconducibile alla direttiva 24 (appalti) poiché i PPP non sono appalti e se ne distinguono per l'elemento del trasferimento del rischio; tantomeno appare riconducibile alla direttiva 23 (concessioni) poiché le concessioni sono una forma di PPP e non il contrario (dunque, la direttiva concessioni si applica solo a quei particolari PPP che sono le concessioni). Si tratterebbe, dunque, di contratti senza copertura europea, con la conseguenza che sono atipici per il diritto europeo, ma che il Legislatore italiano ha deciso di regolare;
- il Codice fa confusione sulla qualificazione dei PPP; i PPP sono di tipi di contratti e non sistemi di finanziamento né procedure di aggiudicazione; si pensi, ad esempio, alla finanza di progetto che è una procedura di aggiudicazione su iniziativa di un promotore di una concessione o di un *leasing* e, pertanto, non può essere considerata un contratto di PPP (come previsto dall'attuale art. 180, comma 8) né tantomeno un sistema di finanziamento (come previsto dall'attuale art. 182, comma 1);
- manca una disciplina comune per l'esecuzione dei contratti di PPP (come, invece, è prevista per gli appalti e per le concessioni);
- vi sono, poi, molte questioni puntuali sulle discipline dei singoli contratti, che andrebbero attentamente valutate, ereditate dalla trasposizione letterale delle disposizioni del vecchio codice e che potrebbero essere incompatibili con il nuovo sistema (ad esempio, finanza di progetto, contratto di *leasing*, contratto di disponibilità). Solo ad alcune potrà essere fatto cenno.

Art. 180. Partenariato pubblico privato.

| | |
|--|---|
| 1. Il contratto di partenariato è il contratto a titolo oneroso di cui all'articolo 3, comma | 1. Il <i>partenariato pubblico privato costituisce la categoria di contratti</i> a titolo |
|--|---|

| | |
|--|---|
| <p>1, lettera eee). Il contratto può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi.</p> | <p>oneroso di cui all'articolo 3, comma 1, lettera eee). Tali contratti possono avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi.</p> |
| <p>2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.</p> | <p>2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'amministrazione aggiudicatrice e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.</p> |
| <p>3. Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3 comma 1 lettere aaa), bbb) e ccc). Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico.</p> | <p>3. Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo del rischio operativo, sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, per il periodo di gestione dell'opera o del servizio, come definito dall'articolo 3 comma 1 lettera zz). Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda o dalla sua capacità di garantire un'offerta sufficiente a fare fronte alla domanda proveniente dall'utenza, e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico.</p> |
| <p>4. A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi.</p> | <p>4. A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone oppure di corrispondere una diversa utilità economica, comunque pattuita ex ante, all'operatore economico che sono proporzionalmente ridotti o annullati nei periodi di ridotta o mancata</p> |

| | |
|--|---|
| <p>Tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico.</p> | <p>disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Tali variazioni del canone o della diversa utilità economica devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico.</p> |
| <p>5. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita ex ante, ovvero rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo.</p> | <p>5. In alternativa a quanto previsto dal comma 4, l'amministrazione aggiudicatrice può rimettere la remunerazione dei lavori o del servizio allo sfruttamento diretto dell'opera o del servizio da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo nonché il rischio di un'offerta insufficiente a far fronte alla domanda degli utenti.</p> |
| <p>6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> | <p>6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera o al servizio da affidare in partenariato. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può determinare il venire meno del trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore e comunque non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento</p> |

| | |
|--|---|
| | <i>complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</i> |
| 7. La documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto. | 7. La documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. <i>Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto. Nel caso in cui l'operatore dia adeguata giustificazione del ritardo nel perfezionamento del contratto di finanziamento per cause a lui non imputabili, l'amministrazione aggiudicatrice può impedire che operi la predetta risoluzione di diritto e concedere all'operatore un ulteriore termine di dodici mesi per il medesimo adempimento, trascorso inutilmente il quale il contratto di partenariato pubblico privato è risolto di diritto.</i> |
| 8. Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano la finanza di progetto , la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti. | 8. Nella <i>categoria</i> dei contratti di cui al comma 1 rientrano, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque <i>altro contratto</i> di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti. |

MOTIVAZIONE

- **comma 1:** i PPP rappresentano una categoria di contratti e non un singolo contratto;
- **comma 2:** non tutti i PPP hanno la fase di gestione;
- **comma 3:** come già detto, è necessario superare il riferimento ai rischi di Eurostat 2004 e conformare i PPP al rischio operativo previsto per le concessioni dalle direttive europee; come si è già visto le nuove categorie di rischio comprendono quelle precedenti di Eurostat; pertanto. Va colmata la lacuna relativa alla mancanza del riferimento al “*rischio sul lato dell’offerta*”, che riguarda la capacità dell’operatore di garantire un’offerta che riesca a far fronte adeguatamente alla domanda da parte degli utenti;

- **comma 4:** la disposizione, nella versione attualmente vigente, divide due forme diverse di PPP freddi; pare opportuno unificarle nell'unico comma 4, lasciando al successivo comma 5 la disciplina dei PPP caldi;
- **comma 5:** a parte l'eliminazione del riferimento ai PPP freddi (v. commento *sub* comma 4), si è intervenuti per colmare due lacune della disposizione: in primo luogo, non si faceva riferimento alla gestione di un servizio non connesso a un'opera; in secondo luogo, mancava un riferimento al rischio sul lato dell'offerta relativo all'insufficienza della stessa rispetto alle richieste del mercato;
- **comma 6:** nella disposizione attuale, manca il riferimento al servizio; viene, inoltre, utilizzato impropriamente il termine “*concessione*”, invece che quello corretto di “*partenariato*”; infine, al pari di quanto già visto per le concessioni, il limite del 30% per il finanziamento pubblico dei PPP è sembrato troppo basso e, per questo, lo si porta al 50%, sottolineando anche che deve pur sempre sussistere il trasferimento del rischio in capo al privato (si vedano le osservazioni di ANCPL e ANCE). **La disposizione deve essere coordinata con l'art. 165, comma 2.**
- **comma 7:** la decisione di prevedere una risoluzione di diritto del contratto *tout court* è eccessiva; meglio prevedere che l'Amministrazione deve tenere conto delle eventuali colpe dell'operatore nel ritardo della sottoscrizione del contratto di finanziamento prima di prendere una simile decisione (lo suggeriscono anche ANCPL; ANCE). **La disposizione deve essere coordinata con l'art. 165, comma 3.**
- **comma 8:** la finanza di progetto non è un contratto, ma una procedura di affidamento di un contratto.

Art. 181. Procedure di affidamento.

| | |
|--|--|
| 1. La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo. | 1. La scelta dell'operatore economico avviene <i>nel rispetto dei principi per l'aggiudicazione dei contratti pubblici di cui all'art. 30 e del principio di libera amministrazione di cui all'art. 166.</i> <i>1 bis. Nel rispetto dei principi di cui al comma 1, l'operatore è scelto preferibilmente attraverso procedure flessibili che coinvolgano la negoziazione delle soluzioni prospettate dagli offerenti.</i> |
| 2. Salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione come prevista dall'articolo 180, comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto | 2. Salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione come prevista dall'articolo 180, comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di |

| | |
|--|---|
| definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico. | contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, come disciplinati dall'art. 180. |
|--|---|

MOTIVAZIONE

La disposizione deve essere adeguata ai principi in materia di concessioni (che costituiscono una forma di PPP) e alle proposte di modifica fatte per quelle disposizioni. In particolare, deve essere garantita maggiore flessibilità alle stazioni appaltanti, senza vincolarle a specifiche procedure di aggiudicazione. Inoltre, sembra opportuno specificare che già lo schema del contratto e del PEF devono assicurare il trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore economico.

Art. 182. Finanziamento del progetto.

| | |
|---|--|
| 1. Il finanziamento dei contratti può avvenire utilizzando idonei strumenti quali, tra gli altri, la finanza di progetto . Il finanziamento può anche riguardare il conferimento di asset patrimoniali pubblici e privati. La remunerazione del capitale investito è definita nel contratto. | 1. Il finanziamento dei contratti può avvenire utilizzando idonei strumenti. Il finanziamento può anche riguardare il conferimento di asset patrimoniali pubblici e privati. La remunerazione del capitale investito è definita nel contratto, di cui il piano economico finanziario costituisce parte integrante. |
| 2. Il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico. | 2. Il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la effettiva permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico. |
| 3. Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta | 3. Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario deve comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione del piano economico finanziario è, ad esempio, causata da variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti o alle condizioni di base di piano economico finanziario, nonché da norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi |

| | |
|---|--|
| <p>allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.</p> | <p><i>meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario.</i> La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. <i>Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per l'operatore economico, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore dell'amministrazione aggiudicatrice. La revisione del piano economico finanziario, alle medesime condizioni di cui ai capoversi precedenti, è ammessa anche in relazione a fatti verificatisi tra la presentazione dell'offerta e la stipula del contratto. In relazione a fatti successivi alla stipula del contratto di partenariato pubblico privato, in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.</i></p> |
|---|--|

MOTIVAZIONE

In primo luogo, è opportuno specificare che la finanza di progetto non è uno strumento di finanziamento, ma una procedura di affidamento del contratto.

In secondo luogo, sembra opportuno sottolineare l'importanza del PEF all'interno del contratto di PPP.

In terzo luogo, in merito alla revisione del PEF (comma 3), è necessario coordinare gli interventi di modifica con quelli previsti in materia di concessioni. Pertanto, **la disposizione deve essere coordinata con l'art. 165, comma 6.**

Art. 183. Finanza di progetto.

La finanza di progetto non è né un contratto di PPP né uno strumento di finanziamento, bensì rappresenta una procedura di affidamento di un contratto di concessione o di altro PPP. Si distingue teoricamente dalle altre procedure di affidamento perché caratterizzata dall'iniziativa di un promotore privato. Per questo, si suggerisce di risolvere definitivamente l'equivoco, cambiando il nome dell'istituto e, quindi, la rubrica della disposizione, che potrebbe, dunque, diventare "*Affidamento di un contratto di partenariato pubblico privato di lavori per iniziativa del promotore*".

Ci si chiede, inoltre, se sia ancora utile mantenere la disciplina della finanza di progetto per lavori inseriti in programmazione (comma 1 e segg.). In tale caso, infatti, l'iniziativa dell'operazione appare della pubblica amministrazione, chiamata a emettere un bando sulla base di un progetto di fattibilità. Basterebbe, dunque, prevedere tale possibilità anche in relazione all'affidamento delle concessioni, senza dovere ricorrere ad un istituto apposito. A tal fine, potrebbe, ad esempio introdursi un articolo 169-bis che rechi la seguente disposizione: "*I contratti di concessione sono affidati sulla base di un livello minimo di progettazione corrispondente al progetto di fattibilità*". Peraltro, già nel parere sullo schema del terzo decreto correttivo al Codice 2006 (d.lgs. 11.09.2008, n. 152), il Consiglio di Stato aveva sottolineato che la finanza di progetto così concepita "*finisce con l'essere un inutile duplicato dell'istituto della concessione*", suggerendo di "*prendere seriamente in considerazione la possibilità di sopprimerlo*" (CdS, sez. cons. atti norm., 14.07.2008, n. 2357, p. 9).

Accettando simili proposte di modifica, rimarrebbe, dunque, la sola finanza di progetto a iniziativa privata di cui ai comma 15 e segg., nella quale l'iniziativa privata è davvero di un promotore, così da giustificare un'apposita disciplina.

Art. 183-bis. Affidamento di un contratto di una concessione di servizi su iniziativa del promotore.

| | |
|---------------|--|
| Non presente. | <i>1. Ai fini dell'affidamento in finanza di progetto di contratti di concessione di servizi, soggetti privati possono presentare proposte che contengono uno studio di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico - finanziario, asseverato</i> |
|---------------|--|

dai soggetti indicati dall'[articolo 153, comma 9, del codice](#), una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'[articolo 83, comma 1, del codice](#) e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice. Le proposte indicano, inoltre, l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, nel limite di cui all'articolo 153, comma 9, ultimo periodo, del codice.

2. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice si avvalga della facoltà di cui all'[articolo 271](#), è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma. Le amministrazioni valutano le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla gestione dei servizi. Ove le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, si applicano le disposizioni del presente articolo.

3. La fattibilità delle proposte presentate è valutata, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione; è verificata, altresì, l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione. In caso di pluralità di proposte, esse vengono valutate comparativamente nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 3, del codice. A seguito della valutazione comparativa è individuato il promotore.

| | |
|--|---|
| | <p><i>4. Ai fini della scelta del concessionario, le amministrazioni aggiudicatrici procedono ad indire una gara informale ai sensi dell'articolo 30, comma 3, del codice, cui viene invitato anche il promotore, ponendo a base di gara la proposta presentata dallo stesso. Nella fase di scelta del concessionario, il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In tal caso il promotore risulterà affidatario della concessione. E' fatto salvo l'articolo 30, comma 4, del codice.</i></p> <p><i>5. Per tutto quanto non espressamente regolato dal presente articolo si applicano le disposizioni del codice e del regolamento in quanto compatibili.</i></p> <p><i>6. Il presente articolo si applica ai contratti di servizi di cui all'articolo 197, comma 3, del codice.</i></p> |
|--|---|

MOTIVAZIONE

Occorrerebbe prevedere espressamente la possibilità dell'affidamento della concessione di servizi su iniziativa privata. A tal fine, si propone di reintrodurre la disposizione di cui all'art. 278 del d.P.R. 207/2010 (che si riporta nel testo pre-vigente), ovviamente da coordinare con le disposizioni del nuovo Codice nonché con le eventuali modifiche che saranno apportate all'art. 183, alla luce delle proposte avanzate.

Art. 187. Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità.

| | |
|--|--|
| <p>1. Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria, che costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo.</p> | <p>1. Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria, che costituisce contratto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo.</p> |
| <p>7. L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera</p> | <p>7. L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera</p> |

| | |
|--|---|
| pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario. | pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; l'opera è realizzata su area <i>privata o su area pubblica previa costituzione di un diritto di superficie in capo all'aggiudicatario.</i> |
|--|---|

MOTIVAZIONE

In generale, può osservarsi che i due contratti gemelli di **leasing (art. 187)** e di **disponibilità (art. 188)** sono stati copiati acriticamente dal Codice del 2006, nel quale, peraltro, erano stati inseriti in due epoche diverse. Essi si riferiscono ai modelli civilistici del *leasing* finanziario e del *leasing* operativo. Tale affinità sostanziale non giustifica discipline tanto diverse come quelle attualmente vigenti. I due istituti andrebbero rimeditati completamente. Si consideri che l'insufficienza dell'attuale regolazione (anche di quella contenuta nel Codice 2006) dei due istituti ne ha determinato la scarsissima applicazione pratica.

Con riferimento al solo contratto di **locazione finanziaria (art. 187)**, sono state proposte alcune modifiche, ritenute, in ogni caso, necessarie. Al **comma 1** si è intervenuto per specificare che il contratto di *leasing* è un contratto di PPP e non un appalto di lavori, dal momento che è caratterizzato dall'elemento del trasferimento del rischio. Esso, pertanto, non deve ritenersi assoggettato alla direttiva 24/2014/UE sugli appalti. Va bene il riferimento i lavori per sottolineare che il *leasing* non ha ad oggetto servizi, ma deve andare via il riferimento all'appalto. Al **comma 7** si è intervenuto per sottolineare che l'opera in *leasing* è realizzata normalmente su area privata, configurandosi come possibile alternativa all'acquisto di cosa immobile futura. Nel caso di area pubblica è necessario prevedere la costituzione di un diritto di superficie; solo in questo caso, infatti, a fronte del diritto reale di godimento sul suolo, si giustificherebbe il possibile esercizio dell'opzione d'acquisto, da parte dell'amministrazione, al termine del contratto. Nel caso, invece, di una mera disponibilità del suolo, tale riacquisto non sarebbe giustificato.

Art. 189. Interventi di sussidiarietà orizzontale + Art. 189. Baratto Amministrativo.

Questi istituti sono inseriti nel Titolo sui PPP e, dunque, ad essi si dovrebbero applicare i principi generali dei PPP, primo fra tutti quello del trasferimento del rischio. Essi, tuttavia, appaiono incompatibili con tale principio. Si tratta, infatti, di istituti di Partenariato Pubblico Sociale (PPS) che coinvolgono comunità di cittadini nella gestione di determinati beni, normalmente a titolo di volontariato e non per ragioni di profitto. La questione andrebbe definitivamente chiarita e tali contratti, qualora si volessero mantenere nel codice, dovrebbero essere comunque separati dal PPP.

Si consideri, inoltre, che gli stessi contratti rischiano di interferire con i procedimenti amministrativi che molti Comuni hanno avviato per dare attuazione ai Regolamenti comunali per la cura e gestione dei beni comuni urbani (si veda il modello Labsus, www.labsus.org). Le disposizioni in esame potrebbero costituire un inutile appesantimento che rischia di ostacolare tali procedimenti. Si consiglia, dunque, di abolire tali disposizioni o di rimediarne completamente la disciplina.

Art. 191. Cessione di immobili in cambio di opere.

Tale istituto non può essere considerato un contratto di PPP, ma rappresenta una modalità di pagamento del corrispettivo all'impresa privata attraverso la cessione di immobili. La disposizione dovrebbe avere portata generale e non se ne capisce la collocazione nell'ambito dei PPP. Sarebbe utile riferirla a tutti i tipi di contratto pubblico, compresi gli appalti tradizionali.

La disposizione, peraltro, appare non coerente con le quelle speciali di cui agli artt. 165, comma 2 (concessioni) e 180, comma 6 (PPP), che prevedono un limite del 30% (che si è suggerito di estendere al 50%) al prezzo aggiuntivo pagato dall'amministrazione aggiudicatrice, che può consistere anche nella cessione di immobili. La cessione di immobili di cui all'art. 191, nel caso di concessioni e PPP, dovrebbe rispettare tale limite e comunque il principio del trasferimento del rischio sul partner privato.

CONCESSIONI E PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO - CONTRIBUTO B)

ART. 165

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|--|---|
| <p>1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.</p> | <p>1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario, <i>al netto degli oneri finanziari. Ai fini di cui al presente comma e della definizione delle "condizioni operative normali", si precisa che il rischio connesso ad eventi imprevisti ed imprevedibili non imputabili al concessionario è assunto dal concedente.</i></p> |
| <p>2. L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui</p> | <p>2. L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente</p> |

| | |
|---|--|
| <p>utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> | <p>connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> |
| <p>3. La sottoscrizione del contratto di concessione ha luogo dopo la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto di concessione è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione. Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18</p> | <p>3. La sottoscrizione del contratto di concessione ha luogo dopo la presentazione <i>da parte dell'aggiudicatario di una lettera dell'istituto finanziatore di impegno al finanziamento dell'iniziativa ovvero di una lettera dell'emittente al finanziamento dell'iniziativa mediante collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185.</i> Il contratto di concessione è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia <i>sottoscritto</i> entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione <i>ovvero entro il medesimo termine non siano collocate le obbligazioni di progetto di cui all'art. 185.</i> Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che</p> |

| | |
|--|---|
| <p>della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché' l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.</p> | <p>non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché' l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.</p> |
| <p>OMISSIS</p> | |
| <p>5. L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancato collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché' sottoscritte entro lo stesso termine. Nel caso di risoluzione del rapporto ai sensi del primo periodo, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva. Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale.</p> | <p>5. L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancato collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché' sottoscritte entro lo stesso termine. Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale.</p> |
| <p>OMISSIS</p> | |

MOTIVAZIONE

Le modifiche all'art. 165 hanno la finalità di:

- chiarire la portata dell'espressione "valore netto degli investimenti" e – al tempo stesso - circoscrivere il concetto di "condizioni operative normali" al fine di allocare sul concedente il rischio cd. sistemico (**comma 1**). La necessità di dare, nella normativa di attuazione, una più dettagliata disciplina a questo aspetto – assolutamente centrale nell'analisi di fattibilità da parte di ogni potenziale operatore economico – non esime la norma primaria dalla definizione di un principio orientativo di carattere generale;
- incrementare fino al 50% il tetto del valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione (**comma 2**): tale incremento non presenta – in sé - alcun "rischio" per la finanza pubblica, ma semplicemente allarga il raggio di applicabilità del contratto di concessione (opere "tiepide" e "fredde"), come da più parti auspicato;
- meglio specificare l'espressione "idonea documentazione" e sostituire il generico termine "perfezionamento" (che ricorre nel testo vigente) con il più preciso "sottoscrizione" (**comma 3**): si ricorda, infatti, che il finanziamento delle operazioni avviene per lo più tramite contratti di mutuo: di tal che ove si parlasse di perfezionamento dovrebbe intendersi la datio della somme richieste: il che vorrebbe dire che, nei 12 mesi, dovrebbe aversi la sottoscrizione del contratto di finanziamento (che a sua volta presuppone il completamento dell'iter istruttorio e deliberativo a cura dell'istituto finanziatore), il verificarsi delle relative condizioni sospensive (documentali e non) e la datio delle somme (i.e. l'erogazione del finanziamento);
- sopprimere una previsione, presente nell'attuale testo (**comma 5**), che – oltre che ridurre qualunque appetibilità per un investitore privato - si configura quale illecito arricchimento a favore del concedente.

Art. 176

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|---|---|
| <i>omissis</i> | |
| <p>4. Qualora la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest'ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario:</p> <p>a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;</p> | <p>4. Qualora la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest'ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario:</p> <p>a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario, <i>ivi compresi gli oneri</i></p> |

| | |
|--|---|
| <p>b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;</p> <p>c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione.</p> | <p><i>finanziari per il rimborso anticipato del finanziamento;</i></p> <p>b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;</p> <p>c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione.</p> |
| <p>OMISSIS</p> | |
| <p>6. L'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore delle somme previste al comma 4.</p> | <p>6. <i>L'ente concedente può procedere alla revoca della concessione, previa adeguata motivazione, solo in casi eccezionali e comunque non oltre tre anni dall'intervenuta sottoscrizione del contratto di concessione.</i> L'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore delle somme previste al comma 4.</p> |
| <p>OMISSIS</p> | |

MOTIVAZIONE

Le modifiche all'art. 176 recano (**comma 4**) una migliore specificazione delle spese che sono da considerarsi facenti parte dei “*costi effettivamente sostenuti dal concessionario*”: si chiarisce che la voce di spesa relativa agli oneri finanziari per il rimborso anticipato del finanziamento è certamente parte di questi costi complessivi. Inoltre, con una modifica al **comma 6**, si propone – in tema di revoca - una formulazione che, pur rispettosa del principio della discrezionalità amministrativa, mira a fissare dei paletti in merito alle ipotesi in cui il concedente può procedere alla revoca. Sono noti i forti impatti che questa disciplina (che pure necessita di ulteriori approfondimenti in sede di atti attuativi) ha sulla bancabilità – e quindi sulla fattibilità economica della (potenziale) iniziativa.

Art. 180

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|--|--|
| OMISSIS | |
| <p>6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> | <p>6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al <i>cinquanta</i> per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> |
| <p>7. La documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto.</p> | <p>7. La documentata disponibilità di un finanziamento – <i>così come definita nel bando di gara e da intendersi, fra l'altro, quale lettera dell'istituto finanziatore di impegno al finanziamento dell'iniziativa ovvero quale lettera dell'emittente di impegno al finanziamento dell'iniziativa mediante collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'<u>articolo 185</u></i> - è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato.</p> |

| | |
|---------|---|
| | <p>La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione <i>da parte dell'aggiudicatario di una lettera dell'istituto finanziatore di impegno al finanziamento dell'iniziativa ovvero di una lettera dell'emittente al finanziamento dell'iniziativa mediante collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185</i>. Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia <i>sottoscritto</i> entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto.</p> |
| OMISSIS | |

MOTIVAZIONE

Le modifiche all'art. 180 servono al coordinamento con le modifiche proposte all'art. 175 (*vedi*).

ART. 181

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|---|---|
| <p>1. La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo.</p> | <p>1. <i>Alle procedure di aggiudicazione di contratti di partenariato pubblico privato si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.</i></p> |
| OMISSIS | |

MOTIVAZIONE

La modifica ha la finalità di coordinare le disposizioni dell'art. 181 con quelle recate dall'art. 164 in tema di contratti di concessione.

Art. 183

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|--|--|
| OMISSIS | |
| <p>15. Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al</p> | <p>15. Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle</p> |

possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo ~~103~~, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apportale modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché' le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle

autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo **93**, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apportale modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché' le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il

| | |
|---|---|
| <p>obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.</p> | <p>diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.</p> |
| <p>16. La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 187.</p> | <p>16. La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 187, <i>nonché il contratto di disponibilità di cui all'art. 188.</i></p> |
| <p>OMISSIS</p> | |

MOTIVAZIONE

La modifica al comma 15 dell'art. 183 mira a rimediare a quello che probabilmente è un mero errore materiale in quanto la proposta dovrebbe ragionevolmente essere accompagnata da una cauzione provvisoria, e non definitiva.

La modifica al comma 16, invece, include anche il contratto di disponibilità fra i contratti attivabili attraverso le procedure di finanza di progetto.

PRECONTENZIOSO

ART. 211

| DISPOSIZIONE ATTUALE | PROPOSTA DI MODIFICA |
|--|--|
| <p>1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.</p> <p>2. Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni</p> | <p>1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. <i>Se sulle medesime questioni insorge un contenzioso giudiziale, l'Anac non si pronuncia sulla richiesta e il procedimento si archivia.</i> Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. <i>Restano fermi i termini di legge per impugnare gli atti lesivi, ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo.</i> In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.</p> <p>2. Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un <i>grave</i> vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela, <i>nel rispetto dell'art. 21-nonies della l. n. 241/90</i>, e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni.</p> <p><i>In caso di</i> mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato, <i>l'Autorità può proporre ricorso nel successivo termine di trenta giorni davanti al giudice amministrativo. Al giudizio si applica il rito previsto dall'art. 120 del codice del processo amministrativo.</i> La</p> |

| | |
|---|--|
| appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. | raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. |
|---|--|

MOTIVAZIONE

Comma 1

La norma limita la vincolatività del parere alle parti che vi hanno acconsentito e quindi non esclude impugnative di terzi anche degli atti in relazione ai quali è stato richiesto parere.

Per evitare sovrapposizioni, occorrerebbe chiarire che se vengono impugnati da terzi gli atti oggetto di parere il procedimento di precontenzioso si archivia (ciò lo prevede la normativa regolamentare interna sul procedimento ma sarebbe necessario inserire la previsione nella legge, data la natura vincolante del parere). Oppure andrebbe chiarito sul piano normativo che il parere è vincolante per tutti i soggetti coinvolti nel procedimento di gara e non solo per chi ha dato il consenso ad attenersi al parere medesimo. Ciò è anche il suggerimento del Consiglio di Stato.

Occorrerebbe anche chiarire che l'impugnazione del parere non esime dall'impugnazione nei termini degli atti oggetto di parere immediatamente lesivi.

Comma 2

Si propone di superare le critiche sollevate sulla norma per assenza di riferimenti ai principi e norme 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). Per questo si propone integrare la norma con il rinvio all'art. 21- nonies della legge n. 241 del 1990. L'autotutela della stazione appaltante dovrebbe essere esercitata sempre nel rispetto di questa norma.

La norma prevede altresì un potere sanzionatorio in caso di non adeguamento della stazione appaltante in caso di mancato adeguamento alla raccomandazione e l'incidenza sui requisiti reputazionali. In tal modo la stazione appaltante viene sanzionata per atti che non sono dichiarati illegittimi e può contestare la raccomandazione solo con ricorso. Ciò considerato, la norma andrebbe modificata prevedendo che il mancato adeguamento, come sostiene anche il Consiglio di Stato, consenta all'Anac di impugnare l'atto amministrativo o che il potere di raccomandazione sia limitato ai casi più gravi e macroscopici

CABINA DI REGIA

Art. 212

| | |
|--|---|
| <p>1. E' istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri una Cabina di regia con il compito di:</p> <p>a) effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del presente codice e sulle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti nella fase di applicazione anche al fine di proporre eventuali soluzioni correttive e di miglioramento;</p> <p>b) curare, se del caso con apposito piano di azione, la fase di attuazione del presente codice coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, nonché della loro raccolta in testi unici integrati, organici e omogenei, al fine di assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca;</p> <p>c) esaminare le proposte di modifiche normative nella materia disciplinata dal presente codice al fine di valutarne l'impatto sulla legislazione vigente, garantire omogeneità e certezza giuridica, supportando la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri nel coordinamento dei vari interventi regolatori nel settore;</p> <p>d) promuovere la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto, al fine della diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto;</p> <p>e) promuovere accordi, protocolli di intesa, convenzioni, anche con associazioni private per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche;</p> | <p>1. È istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri una Cabina di regia con il compito di:</p> <p>a) effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del presente codice e sulle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti nella fase di applicazione anche al fine di proporre eventuali soluzioni correttive e di miglioramento;</p> <p>b) curare stabilmente, adottando appositi piani di monitoraggio e di azione, lo stato di attuazione del codice e la funzionalità della sua applicazione, unitamente alla disciplina esecutiva;</p> <p>c) in funzione degli obiettivi di cui alla lettera b) che precede, svolgere con cadenza precisata dal DPCM istitutivo e con metodologie specificamente sviluppate per la materia dei contratti pubblici, di concerto con i soggetti titolari delle competenze regolatorie, analisi tecniche e valutazioni di impatto, preventive e successive, settoriali e sistemiche, della disciplina codicistica e di quella attuativa; le analisi compiute presso la Cabina integrano ed assorbono AIR, VIR e ATN; la disciplina delle valutazioni d'impatto intestate alla Cabina prevede strumenti di partecipazione dei soggetti pubblici e degli stakeholder privati, nonché regolari interlocuzioni con esponenti della magistratura amministrativa, della magistratura civile e della Corte dei Conti; le risultanze delle analisi d'impatto sono pubblicate sul sito della Cabina; nelle sue attività di monitoraggio e di elaborazione delle informazioni, la Cabina di Regia può farsi coadiuvare, all'occorrenza, da</p> |
|--|---|

| | |
|---------|--|
| | <p>soggetti ausiliari pubblici o privati qualificati, nel rispetto, ove necessario, delle norme a protezione del mercato e della concorrenza;</p> <p>d) coordinare 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;</p> <p>e) formulare proposte di modifica normativa nella materia disciplinata dal presente codice ed esaminare le proposte di modifica, al fine di valutarne l'impatto sulla legislazione vigente, garantire omogeneità e certezza giuridica, supportando la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri nel coordinamento dei vari interventi regolatori nel settore;</p> <p>f) promuove la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto, al fine della diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto;</p> <p>g) promuove accordi, protocolli di intesa, convenzioni, anche con associazioni private per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche.</p> |
| OMISSIS | |

MOTIVAZIONE

Sarebbe opportuno intestare esplicitamente alla cabina di regia il compito di svolgere tutte quelle operazioni istruttorie e valutative che oggi sono troppo debolmente disciplinate dalla normativa generale su AIR, VIR, ATN, affinché le analisi di impatto degli effetti normativi e di coerenza, diagnostiche e prognostiche, che tra l'altro dovrebbero preparare proposte e correttivi consapevoli, siano da essa compiute in via continuativa e permanente, con cadenze serrate e ben sorvegliate, con tecniche molto

più evolute, col corredo di stime quantitative mirate, ove possibile, secondo dettami appositamente pensati per la materia dei contratti pubblici, all'insegna di un criterio di specializzazione, guardando al "sistema delle regole" nel suo complesso. In questa prospettiva le analisi d'impatto, preventive o successive, spettanti ad ANAC o alle altre istituzioni munite di poteri regolatori, in materia contrattuale, dovrebbero svolgersi di concerto con la Cabina, con le metodologie e i criteri specialistici all'uopo elaborati.

Nella Cabina di Regia dovrebbe, comunque, essere previsto uno spazio per la stabile partecipazione di organismi che, ancorché privati, abbiano ad oggetto della rispettiva attività la cura, in una prospettiva di medio lungo termine, degli interessi generali e prevalenti del Paese. Il monitoraggio sull'impatto del nuovo Codice rispetto all'economia del Paese, potrebbe essere affidato ad uno o più di tali organismi.

PROPOSTE DEGLI STAKEHOLDERS

La Federazione delle Industrie dei Prodotti, degli Impianti, dei Servizi e delle Opere Specialiste per le Costruzioni (FINCO) *“segnala l'importanza di una consultazione costante con gli operatori del settore attraverso la creazione di un Tavolo Istituzionale di confronto aperto alle Associazioni” “e, comunque, il raccordo con la Cabina di Regia prevista dall'art. 212 del Codice”*.

PARTE SECONDA LE PROPOSTE DEGLI STAKEHOLDERS

Aiscat

**Disposizioni integrative e correttive al Codice dei contratti pubblici
(D. Lgs. 50/2016)**

Proposte

a) Argomento: AGGREGAZIONE E CENTRALIZZAZIONE DELLE COMMITTENZE - QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI

b) Riferimento normativo: artt. 37, comma 14 e 38, comma 10 D. Lgs. 50/2016

c) Riferimento legge delega: art. 1, comma 1, lettere bb) e dd)

Proposta (ARTT. 37-38)

All'art. 37, comma 14, dopo le parole “dagli articoli da 115 a 121” aggiungere “e gli altri soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 1, lettera g)”;

Conseguentemente all'art. 38, comma 10, dopo “amministrazioni aggiudicatrici”, aggiungere “e gli altri soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 1, lettera g)”.

Art. 37 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze)

(Omissis)

14. Dall'applicazione del presente articolo sono esclusi gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 **e gli altri soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 1, lettera g).**

Art. 38 (Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza)

(Omissis)

10. Dall'applicazione del presente articolo sono esclusi gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici **e gli altri soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 1, lettera g).**

Motivazione

Le disposizioni in parola – partendo dallo specifico contesto italiano e proseguendo in una scelta politica avviata già negli scorsi anni - mirano ad operare una riduzione ed una professionalizzazione delle amministrazioni che funzionano come stazioni appaltanti, nell'ottica di addivenire ad una gestione più efficiente ed efficace degli appalti e della spesa pubblica.

Coerentemente con tale impostazione, il legislatore delegato ha escluso (comma 14 dell'art. 37 e comma 10 dell'art. 38) dalla disciplina in parola gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, i soggetti cioè, operanti nei settori speciali (aeroporti, servizi di trasporto, servizi postali ecc.) non qualificabili come PA.

La stessa direttiva 2014/24 (alla luce della quale va intesa la generica nozione di “stazioni appaltanti” utilizzata dalla legge delega) si riferisce esclusivamente (art. 37) alle “amministrazioni aggiudicatrici”, ovvero ai soggetti appaltanti qualificabili come pubblica amministrazione.

Ragioni di coerenza e razionalità esigono che l'esclusione di cui al comma 14 dell'art. 37 e 10 dell'art. 38 valga perlomeno anche per gli analoghi soggetti operanti nei settori ordinari, ovvero “gli altri soggetti aggiudicatori” di cui all'art. 3, comma 1, lettera g) del Codice (“soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice”, che non sono pertanto amministrazioni aggiudicatrici), non rinvenendosi alcun motivo per una differenziazione di disciplina.

La revisione delle disposizioni in questione dovrebbe altresì tener conto del fatto che i concessionari operanti nei settori ordinari (disciplinati dalla parte III del Codice), sebbene definibili come stazioni appaltanti nella nozione più ampia del termine, sono già di per sé qualificati in quanto affidatari di un contratto stipulato con la PA.

a) Argomento: COMMISSIONE DI AGGIUDICAZIONE (I)

b) Riferimento normativo: art. 77, commi 13 D. Lgs. 50/2016

c) Riferimento legge delega: art. 1, comma 1, lettera hh)

Proposta (ART. 77, comma 13)

All'art. 77, dopo il comma 13 aggiungere il seguente comma: “14. *Il presente articolo non si applica altresì alle procedure di aggiudicazione effettuate dagli altri soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 1, lettera g) e dai soggetti di cui all'art. 11, comma 5 della Legge 498 del 23 dicembre 1992 e ss. mm.*”

IN VIA SUBORDINATA

Al comma 13 dell'art. 77, dopo le parole “attività previste dagli articoli da 115 a 121” aggiungere “e dai soggetti di cui all'art. 11, comma 5 della Legge 498 del 23 dicembre 1992 e ss. mm.”

Art. 77 Commissione di aggiudicazione

(Omissis)

13. Il presente articolo non si applica alle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto o concessioni effettuate dagli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121.

14. Il presente articolo non si applica altresì alle procedure di aggiudicazione effettuate dagli altri soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 1, lettera g) e dai soggetti di cui all'art. 11, comma 5 della Legge 498 del 23 dicembre 1992 e ss. mm.

IN VIA SUBORDINATA

13. Il presente articolo non si applica alle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto o concessioni effettuate dagli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 **e dai soggetti di cui all'art. 11, comma 5 della Legge 498 del 23 dicembre 1992 e ss. mm.**

Motivazione

La norma richiede un intervento correttivo che garantisca il necessario coordinamento con la normativa preesistente, in conformità con i principi dettati dalla legge delega, al fine di evitare incertezze applicative.

Ci si riferisce in particolare all'art. 11, comma 5, lettera f) della L. 498/1992 (così come modificato dal comma 85 dell'art. 2, D.L. 3 ottobre 2006, n. 262 e ss. mm.) - tutt'oggi in vigore e non abrogato, né modificato dal D.Lgs. 50/2016 - che prescrive già da tempo, per gli affidamenti dei concessionari autostradali, “Commissioni di aggiudicazione terze”, nominate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Si tratta dunque di disposizione che già garantisce, per il tramite della nomina ministeriale, le esigenze di trasparenza ed imparzialità dei commissari di gara perseguite dal nuovo Codice e che dovrebbe essere chiaramente coordinata - nella sua valenza di norma speciale - con le analoghe disposizioni del D. Lgs. 50.

Nel contempo, occorre considerare che il Codice dei contratti prevede che siano esclusi dall'applicazione dell'art. 77 gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici operanti nei settori speciali. La ratio sottesa a tale esclusione - che come stigmatizzato dal Consiglio di Stato (parere del 14.09.2016 n. 1919), “è quella di assicurare procedure connotate da maggiore flessibilità qualora le stesse vengono indette da soggetti che non possono qualificarsi come pubbliche amministrazioni” - appare, secondo criteri di

ragionevolezza e coerenza, applicabile anche agli altri soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 1, lettera g), operanti nei settori ordinari, che sono soggetti privati, sia formalmente che sostanzialmente e parimenti esclusi dal novero delle pubbliche amministrazioni.

a) Argomento: COMMISSIONE DI AGGIUDICAZIONE (II)

b) Riferimento normativo: art. 77, commi 3 D. Lgs. 50/2016

c) Riferimento legge delega: art. 1, comma 1, lettera *hh*)

Proposta (ART. 77, comma 3)

Al comma 3 dell'art. 77, dopo le parole "qualità/prezzo", aggiungere "e ad esclusione dei casi previsti dall'art. 63 comma 2, lettera c)"

Art. 77 (Commissione di aggiudicazione)

1. Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo **e ad esclusione dei casi previsti dall'art. 63 comma 2, lettera c)** la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.

(Omissis)

Motivazione

L'emendamento è finalizzato a garantire la necessaria speditezza delle procedure di affidamento in casi di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili a fronte dei quali tanto il Codice dei contratti che le direttive comunitarie consentono di derogare parzialmente alle procedure ordinarie.

a) Argomento: CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO

b) Riferimento normativo: art. 95, comma 4 D. Lgs. 50/2016

c) Riferimento legge delega: art. 1, comma 1, lettera ff)

Proposta (ART. 95)

All'art. 95, comma 4, lettera a) sostituire le parole “*pari o inferiore a 1.000.000 di euro*” con “*inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a)*”.

Art. 95 (Criteri di aggiudicazione dell'appalto)

(Omissis)

4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

- a) per i lavori di importo ~~pari o inferiore a 1.000.000 di euro~~ **inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a)**, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo;
- b) per i servizi e le forniture 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'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Motivazione

La proposta emendativa, del tutto coerente con i principi della legge delega, è finalizzata a restituire alle stazioni appaltanti un minimo di autonomia valutativa nell'individuazione del criterio di aggiudicazione maggiormente appropriato ed efficiente avuto riguardo alle esigenze ed alle caratteristiche del singolo appalto, che possono essere tra di loro molto diverse e dunque non predeterminabili a priori dalla legge.

Non è infatti detto che l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa possa sempre realmente portare ad un valore aggiunto in termini di qualità, a fronte di maggiori oneri procedurali ed un allungamento dei tempi di affidamento – questi sì – certi.

Vi sono peraltro casi (tipici della realtà autostradale ma non solo) in cui il progetto esecutivo ha caratteristiche tali – per la sua alta definizione e specializzazione - da non ammettere migliorie di tipo qualitativo in sede di gara. In tali casi risulta peraltro oggettivamente molto difficile individuare criteri qualitativi concreti e non marginali su cui strutturare un'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con riferimento alle peculiarità del mondo autostradale, c'è poi un altro aspetto da rilevare: i progetti relativi agli investimenti dei concessionari debbono essere – per disposizioni normative e convenzionali – approvati dal Concedente, ivi inclusi i progetti esecutivi da mettere a gara. L'ipotesi di varianti progettuali o migliorie presentate in sede di offerta economicamente più vantaggiosa da parte dei concorrenti risulta pertanto proceduralmente e sostanzialmente difficilmente conciliabile con la previa necessaria approvazione del MIT, salvo il duplicarsi di passaggi amministrativi di non agevole praticabilità, con riflessi facilmente prevedibili in termini di allungamento dei tempi e perdita di efficienza.

a) Argomento: GARANZIE

b) Riferimento normativo: art. 93, commi 6 e 7 e art. 104, comma 10

c) Riferimento legge delega: art. 1, comma 1, lettera qq)

Proposta (ART. 93)

All'art. 93 sono apportate le seguenti modifiche:

- a) al comma 6 sopprimere “grave”;
- b) al comma 7 aggiungere infine il seguente periodo “*In nessun caso l'importo della garanzia può essere complessivamente ridotto per più del 60%*”.

Al comma 10 dell'art. 104 sopprimere le seguenti parole: “*senza determinare tra essi vincoli di solidarietà nei confronti della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore, i quali in caso di escussione dovranno procedere pro- quota nei confronti dei singoli garanti*”.

Art. 93 (Garanzie per la partecipazione alla procedura)

(Omissis)

6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

7. L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del 50 per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui al primo periodo, per gli operatori economici in possesso di registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS), ai sensi del regolamento(CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, o del 20 per cento per gli operatori in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO 14001. Nei contratti relativi a servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 20 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui ai periodi primo e secondo, per gli operatori economici in possesso, in relazione ai beni o servizi che costituiscano almeno il 50 per cento del valore dei beni e servizi oggetto del contratto stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) ai sensi del regolamento(CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 15 per cento per gli operatori economici che sviluppano un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067. Per fruire delle riduzioni di cui al presente comma, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. Nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, non cumulabile con le riduzioni di cui ai periodi precedenti, per gli operatori economici in possesso del rating di legalità o della attestazione del modello organizzativo, ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001 o di certificazione social accountability 8000, o di certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di

certificazione OHSAS 18001, o di certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (Energy Service Company) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici e per gli operatori economici in possesso della certificazione ISO 27001 riguardante il sistema di gestione della sicurezza delle informazioni. **In nessun caso l'importo della garanzia può essere complessivamente ridotto per più del 60%.**

(Omissis)

Art. 104 (Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore)

(Omissis)

10. Le garanzie di cui al presente articolo e agli articoli 93 e 103 prevedono la rivalsa verso il contraente e il diritto di regresso verso la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore per l'eventuale indebito arricchimento e possono essere rilasciate congiuntamente da più garanti ~~senza determinare tra essi vincoli di solidarietà nei confronti della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore, i quali in caso di escussione dovranno procedere pro quota nei confronti dei singoli garanti.~~ I garanti designano un mandatario o un delegatario per i rapporti con la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore.

Motivazione

Il sistema delle garanzie a tutela dell'interesse pubblico al corretto adempimento delle prestazioni da parte dell'appaltatore risulta fortemente depotenziato.

Lo stesso Consiglio di Stato (parere n. 2286 del 3/11/2016) ha sollecitato il Governo ad una riflessione sul punto, rilevando tra l'altro che:

- l'art. 93, comma 6 del codice, innovando rispetto al previgente art. 75 codice del 2006, prevede l'incameramento della cauzione provvisoria in caso di mancata stipulazione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, solo se la condotta dell'aggiudicatario sia connotata da "dolo o colpa grave". Formulazione, questa, che *"indebolisce la posizione della stazione appaltante, che potrà incamerare la cauzione provvisoria, in caso di mancata stipulazione del contratto per fatto dell'affidatario, solo se provi il dolo o la colpa grave"*.
- *"La posizione della stazione appaltante è ulteriormente indebolita dalla previsione, applicabile sia alla cauzione provvisoria che a quella definitiva, della esclusione del vincolo di solidarietà tra i garanti (art. 104, c. 10), che non sembra molto coerente con il principio della garanzia a prima richiesta"*.

Nella medesima ottica, occorre anche rilevare che il sistema delineato dal comma 7 dell'art. 93 prevede la possibilità per gli operatori economici di ottenere consistenti riduzioni della cauzione, cumulabili tra loro, qualora gli stessi dimostrino di possedere specifiche certificazioni qualitative e ambientali. Considerata l'entità degli sconti e soprattutto la loro cumulabilità, l'effetto applicativo è quello di un eccessivo depotenziamento – sino addirittura ad un sostanziale azzeramento - delle garanzie di adempimento. Anche tale disposizione non appare proporzionata e richiede pertanto una revisione, in conformità ai principi enunciati dalla legge delega con particolare riferimento alla finalità di "salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione dei lavori nei costi, nei tempi e nei modi programmati..."

a) Argomento: INDICAZIONE DELLA TERNA DI SUBAPPALTATORI

b) Riferimento normativo: artt. 105, comma 6 e 80, comma 1 D. Lgs. 50/2016

c) Riferimento legge delega: art. 1, comma 1, lettera rrr)

Proposta (ARTT. 80 e 105)

Sostituire il comma 6 dell'art. 105 con il seguente: “6. *Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante, per gli appalti di lavori, servizi e forniture in cui non sia necessaria una particolare specializzazione, può prevedere i casi in cui è obbligatoria l'indicazione di una terna di subappaltatori*”.

All'art. 80 comma 1 sopprimere il seguente inciso “*anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, comma 6,*”.

Art. 80 (Motivi di esclusione)

1. Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, ~~anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6,~~ per uno dei seguenti reati:

(Omissis)

Art. 105 (Subappalto)

(Omissis)

~~6. E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35.~~

6. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante, per gli appalti di lavori, servizi e forniture in cui non sia necessaria una particolare specializzazione, può prevedere i casi in cui è obbligatoria l'indicazione di una terna di subappaltatori.

(Omissis)

Motivazione

La norma che impone l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di gara ha dimostrato di porre numerosi problemi applicativi, determinando incertezza per le stazioni appaltanti, aggravati ed inefficienze procedurali, oltre ad un incremento del rischio contenzioso. Il tutto a fronte di scarsi se non inesistenti benefici in termini di maggior “controllo” dei soggetti coinvolti nell'esecuzione delle opere. Si consideri infatti che l'esigenza, certamente condivisa, di sottoporre i subappaltatori a tutte le verifiche necessarie - sia ai fini di ordine pubblico che come garanzia di corretta prestazione per la stazione appaltante - risultava già pienamente assicurata dal sistema previgente, dove questa operazione di attenta verifica avveniva

semplicemente in un momento successivo (in fase di autorizzazione del subappalto), ma comunque utile a raggiungere il medesimo risultato.

Né appare proporzionata la sanzione prevista dal 1° comma dell'art. 80 che impone l'esclusione del concorrente qualora uno o più subappaltatori indicati incorrano in uno dei motivi di esclusione (problematica, questa, segnalata anche dal Consiglio di Stato nel parere n 2286 del 3/11/2016 reso dalla Commissione speciale).

Sarebbe pertanto opportuno sopprimere la previsione o, quanto meno, lasciare alle stazioni appaltanti la scelta se richiedere, o meno, l'indicazione della terna già in fase di gara. La soluzione appare maggiormente coerente anche con i principi enunciati nella legge delega che considera l'indicazione dei nominativi dei subappaltatori in sede di offerta non quale regola generale, ma ipotesi specifica.

a) Argomento: PAGAMENTO DIRETTO AI SUBAPPALTATORI

b) Riferimento normativo: art. 105, comma 13 D. Lgs. 50/2016

c) Riferimento legge delega: art. 1, comma 1, lettera rrr)

Proposta (ART. 105)

All'art. 105, sostituire il comma 13 con il seguenti commi:

“13. Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni dallo stesso eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate.

13.bis. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni dallo stesso eseguite, nei seguenti casi:

- a) quando il subappaltatore è una microimpresa o piccola impresa;*
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore nel pagamento delle somme dovute al subappaltatore;*
- c) su richiesta del subappaltatore per l'esecuzione delle opere di cui all'art. 87, comma 11.*

13.ter La stazione appaltante procede al pagamento diretto, nei casi in cui è previsto, previa verifica della regolare esecuzione delle prestazioni rese in subappalto, della regolarità contributiva del subappaltatore e previa dimostrazione da parte di quest'ultimo della propria regolarità retributiva.

13.quer. La stazione appaltante può prevedere idonei meccanismi per l'opposizione dell'appaltatore al pagamento diretto in favore del subappaltatore.

Art. 105 (Subappalto)

(Omissis)

13. Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni dallo stesso eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate.

13bis La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, ~~al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori~~ l'importo dovuto per le prestazioni **dallo** dagli stessi ~~o~~ eseguite, nei seguenti casi:

- a) quando il subappaltatore ~~o il cottimista~~ è una microimpresa o piccola impresa;
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore **nel pagamento delle somme dovute al subappaltatore;**
- c) su richiesta del subappaltatore ~~e se la natura del contratto lo consente~~ per l'esecuzione delle opere di cui all'art. 87, comma 11.

13ter. La stazione appaltante procede al pagamento diretto, nei casi in cui è previsto, previa verifica della regolare esecuzione delle prestazioni rese in subappalto, della regolarità

contributiva del subappaltatore e previa dimostrazione da parte di quest'ultimo della propria regolarità retributiva.

13quater. La stazione appaltante può individuare idonei meccanismi per l'opposizione dell'appaltatore al pagamento diretto in favore del subappaltatore.

(Omissis)

Motivazione

La norma del nuovo Codice dei contratti sul pagamento diretto ai subappaltatori, dei cottimisti e dei fornitori, nella vastità dei casi ivi previsti:

- introduce una disciplina eccessivamente generica e lacunosa che crea dubbi applicativi e conseguente rischio contenzioso. Non si comprende, ad esempio, quando l'appaltatore debba ritenersi "inadempiente" (facendo così scattare l'intervento della stazione appaltante) o quali possano essere le caratteristiche "naturali" del contratto che consentono il pagamento diretto del subappaltatore a fronte di una sua richiesta in tal senso.
- Supera i limiti imposti dalla legge delega, estendendo l'obbligo di pagamento diretto anche ai cottimisti e fornitori e – sempre - alle micro e piccole imprese (laddove la delega imponeva di individuare "fattispecie" specifiche).
- Risulta invece carente di disciplina uno strumento di tutela dei subappaltatori che ha dimostrato di funzionare correttamente sotto il previgente regime, ovvero sia l'obbligo da parte dell'appaltatore di trasmettere alla stazione appaltante le fatture quietanzate dei subappaltatori.
- Non contempla – così come opportunamente previsto dall'art 71, paragrafo 3 della Direttiva 2014/24 - "*idonei meccanismi che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti*" in favore del subappaltatore.

L'emendamento si propone pertanto di definire in maniera maggiormente precisa l'operatività della norma, in conformità con la delega e al fine di superare le più gravi incertezze applicative.

a) Argomento: AFFIDAMENTI DEI CONCESSIONARI

b) Riferimento normativo: artt. 177 D. Lgs. 50/2016

c) Riferimento legge delega: art. 1, comma 1, lettere iii)

L'art. 177 del Codice modifica in via unilaterale contratti validi, efficaci e legittimamente affidati, stipulati tra lo Stato e i concessionari autostradali, secondo una scelta politica che andrebbe seriamente riconsiderata sia in virtù di motivi di illegittimità, sia per le ricadute in termini investimenti, di efficienza e di competitività delle nostre imprese e dell'intero sistema.

Sebbene tematica sia stata più volte evidenziata in modo diffuso, riteniamo qui necessario ribadire, seppur sinteticamente, alcuni concetti sui quali auspichiamo un responsabile e sereno supplemento di valutazione.

L'articolo 177 del Codice modifica in via unilaterale contratti in essere, validi, efficaci e legittimamente affidati violando il principio di derivazione europea secondo cui una normativa sopravvenuta non può incidere su contratti già conclusi. Per altro, le modalità di esecuzione delle opere e degli affidamenti rappresentano punti delicatissimi delle convenzioni, in quanto direttamente incidenti sull'efficienza, sui tempi di realizzazione delle opere e sui costi a carico dei concessionari.

1. I contratti, seppur stipulati tra una pubblica amministrazione ed un privato devono considerarsi vincolanti per entrambe le parti e mai modificabili unilateralmente .

2. In base ai contratti sottoscritti i concessionari si sono legittimamente organizzati, anche sotto il profilo societario, analogamente a quanto avviene in tutta Europa; si sono dotati di mezzi e risorse per eseguire le prestazioni convenute; hanno strutturato il proprio piano finanziario; hanno pianificato la propria attività, nei tempi e nei costi; hanno assunto personale; hanno preso impegni con terzi.

3. Siamo pertanto di fronte ad una vicenda espropriativa di diritti direttamente scaturenti da un contratto stipulato con lo Stato. Come noto, la nostra Costituzione esige però che l'espropriazione, oltre che avvenire per motivi di interesse generale, comporti un indennizzo per il soggetto espropriato, non previsto dalla disposizione in parola.

Vogliamo inoltre ribadire che, fermi restando gravi profili di illegittimità – comunitaria e Costituzionale – della norma, non vi è dubbio che la nuova disciplina, ingessando in maniera del tutto anomala l'attività tipica del concessionario, è destinata a ripercuotersi negativamente sull'efficienza, sui tempi e sui costi delle performance richieste, considerazione, questa, amplificata dal fatto che l'obbligo di affidamento a terzi tramite procedure ad evidenza della quota dell'80%, viene riferito a tutti i contratti, ovvero non soltanto ai lavori ma anche ai servizi e forniture, da sempre considerati sia dal diritto europeo che da quello nazionale rientranti nell'ordinaria e necessaria "flessibilità" del concessionario di lavori e non soggetti ad alcuna particolare vincolo procedurale.

Ma vi è di più, perché l'obbligo di affidamento a terzi, così come è impostata la norma, è destinato a ricomprendere addirittura le manutenzioni, ovvero attività nevralgiche per la funzionalità delle infrastrutture autostradali e per la sicurezza della circolazione, che rappresentano il cuore dei contratti di concessione e sono fonte di diretta responsabilità degli operatori autostradali, nei confronti degli utenti e nei confronti del concedente (anche attraverso la previsione contrattuale di specifiche penali).

Si tratta di attività in molti casi non programmabili, da effettuarsi in costanza di traffico, che richiedono dunque una gestione non solo immediata, ma anche coordinata e funzionale all'operatività dell'infrastruttura, alla gestione del traffico e alla sicurezza della circolazione.

Le manutenzioni non possono pertanto essere disgiunte dalle attività tipiche del concessionario autostradale che ne deve poter mantenere il controllo e la gestione diretta, attraverso la propria organizzazione.

**PROPOSTE DI MODIFICA
AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
(DECRETO CORRETTIVO)**

13 gennaio 2017

LE PROPOSTE DI MODIFICA NORMATIVA

1) Qualificazione : principali questioni

- Periodo di riferimento temporale per comprova requisiti SOA

Tenuto conto della grave crisi che ha colpito il settore negli ultimi anni, appare insufficiente calcolare solo gli ultimi cinque anni antecedenti la sottoscrizione del contratto con la SOA, ai fini del computo dei requisiti.

Proposta :

Occorre utilizzare l'ultimo decennio (e non il quinquennio, come oggi vigente) antecedente la sottoscrizione del contratto di qualificazione per dimostrare il possesso dei requisiti necessari all'ottenimento della qualificazione SOA.

Ciò, a maggior ragione se si considera che il nuovo codice, in materia di beni culturali, consente di utilizzare, ai fini della qualificazione, i lavori eseguiti senza alcun limite di tempo (art. 146, comma 2).

- Qualificazione per importi sopra i 20 milioni di euro

Il nuovo Codice ha previsto, quale periodo di riferimento temporale per la comprova della cifra di affari in gara, pari a 2 volte l'importo a base d'asta, il triennio antecedente la data di pubblicazione del bando.

Proposta :

Considerato il periodo di crisi, occorre recuperare la possibilità di utilizzare, ai fini della dimostrazione del requisito della cifra di affari, i migliori 5 anni degli ultimi 10 antecedenti la data di pubblicazione del bando.

2) Criteri di aggiudicazione

Le nuove norme consentono alle amministrazioni di utilizzare, peraltro in via facoltativa, l'esclusione automatica delle offerte anomale con metodo antiturbativa – di cui all'art. 97 del Codice - solo per lavori fino ad 1 milione di euro.

Proposta:

Occorre estendere tale meccanismo semplificatorio, sempre accompagnato dal metodo antiturbativa, fino all'importo di 2,5 milioni di euro, o anche fino a soglia comunitaria, dove non sussista interesse transfrontaliero.

3) Subappalto

Nella nuova visione del Codice, sono stati introdotti limiti eccessivamente stringenti al subappalto, consentito, peraltro, solo se previsto dalle S.A. nel bando.

Proposte :

Appare indispensabile prevedere il diritto di subappaltare i lavori nel rispetto della normativa UE.

Bisogna superare la norma che prevede l'obbligo di nominare in gara la terna di subappaltatori.

E' necessario eliminare il divieto di ribasso sui costi della manodopera del subappaltatore, o, in subordine, riferirlo al rispetto dei livelli minimi salariali.

Si deve infine introdurre l'utilizzo dei lavori subappaltati per qualificazione dell'appaltatore principale, al fine di evitare disparità di trattamento nella qualificazione alle gare rispetto agli operatori degli altri Stati Membri o extra UE.

4) Concessioni e Partenariato Pubblico Privato

- Tetto del 30% al contributo pubblico

Il Nuovo Codice agli articoli 165, comma 2 per le concessioni e 180, comma 6 per il partenariato pubblico privato, prevede la riduzione dell'importo massimo dei contributi pubblici, comprensivi delle garanzie pubbliche, ammessi che dal 50%, previsto da Eurostat nella disciplina previgente, passa al 30% del costo dell'investimento. Oltre tale limite non è ammesso il ricorso al project financing.

In linea generale, si esprime contrarietà rispetto alla definizione di limiti stringenti. L'approccio adottato dal legislatore sembra rispondere a criteri meramente contabili, volti a ridurre il rischio di possibili riclassificazioni ex post di un'operazione di PPP da off a on balance. Ciò non appare adeguato a garantire la realizzabilità delle opere. Occorre valutare caso per caso le caratteristiche progettuali e i flussi di cassa attesi dell'iniziativa, attraverso un'adeguata valutazione della allocazione dei rischi tra le parti.

A riguardo, si evidenzia che la nuova Guida al trattamento statistico dei PPP da parte di Eurostat (Settembre 2016) stabilisce al 50% il valore massimo del contributo pubblico per considerare un progetto on balance, e individua ulteriori soglie di riferimento (un terzo; 10%; ecc...) sulla base delle quali effettuare ulteriori approfondimenti ai fini del trattamento statistico delle operazioni.

Proposta:

L'Ance ritiene che, per specifiche tipologie infrastrutturali, tale limite possa costituire un ostacolo all'utilizzo del partenariato pubblico privato. E' pertanto auspicabile un ripensamento da parte del legislatore.

- Closing finanziario entro 12 mesi

Il Codice, agli articoli 165, comma 3 per le concessioni e 180, comma 7, per il partenariato pubblico privato, interviene sulla bancabilità delle operazioni prevedendo la risoluzione del contratto nel caso in cui il finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione stessa. La norma, sebbene apprezzabile nell'obiettivo di favorire la finanziabilità dell'opera, appare eccessivamente rigida e rischia di bloccare l'utilizzo del partenariato pubblico privato, soprattutto in considerazione delle difficoltà riscontrate per la bancabilità delle operazioni.

Proposta:

L'Ance ritiene necessario un ripensamento da parte del legislatore, ripristinando il termine di ventiquattro mesi dall'approvazione del progetto definitivo o, *in alternativa, prevedere, decorsi i 12 mesi*, una valutazione delle circostanze giustificative di un ritardo nel perfezionamento del contratto di finanziamento per cause non attribuibili al concessionario, evitando gli effetti di una risoluzione di diritto delle concessioni.

- Garanzia definitiva in caso di proposte non in programmazione

Il Nuovo Codice all'articolo 183, comma 15, relativo alle proposte non in programmazione, prevede la presentazione in sede di proposta della cauzione per la garanzia definitiva di cui all'103 del Codice in luogo della garanzia provvisoria, di cui all'art. 93, normalmente prevista in questa fase procedurale.

La necessità di una cauzione definitiva appare una richiesta sproporzionata rispetto al rischio che il privato non prosegua nel procedimento fino alla pubblicazione del bando di gara. Tra l'altro al momento della presentazione della proposta il privato ha già assunto dei rischi, dovuti ai costi già sostenuti per la presentazione della stessa proposta e della relativa asseverazione.

Proposta:

Si tratta evidentemente di un errore formale che appare indispensabile correggere, prevedendo, nella fase della presentazione delle proposte, la presenza della garanzia provvisoria, di cui all'articolo 93, in luogo della cauzione definitiva, di cui all'articolo 103.

5) Opere di urbanizzazione a scomputo

Premessa: nuova disciplina e nuove problematiche

Nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici è inserita la disciplina per la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione. Rispetto alla precedente normativa contenuta nel D.lgs. 163/2006, la nuova disciplina - contenuta negli artt. 1, comma 2, lett. e) e comma 3 e 36, commi 3 e 4 del D.lgs. 50/2016 - presenta alcune rilevanti novità, non immuni da risvolti critici.

In particolare, l'art. 1, comma 2, lett. e) del Codice riproduce in larga parte i contenuti dell'art. 32, comma 1, lett. g) del D.lgs. 163/2006 in relazione alla realizzazione delle **opere a scomputo di importo pari o superiore alla soglia comunitaria** (attualmente pari a 5.225.000 milioni/€), alle quali continuano a trovare applicazione le procedure ordinarie di gara.

L'art. 36 del Codice contiene le norme sulla realizzazione delle **opere a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria** e cioè:

- si applica la **procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara** (comma 3) **anziché la procedura negoziata senza bando, con invito di cinque operatori** (come avveniva ai sensi dell'art. 122, comma 8 del D.lgs. 163/2006);
- per le opere di urbanizzazione primaria (di importo inferiore alla soglia comunitaria) funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio è confermata l'applicazione dell'art. 16, comma 2-bis del Dpr 380/2001 "Testo Unico Edilizia" e cioè l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire (comma 4).

E' necessario evidenziare che, se per tutte le opere a scomputo sotto soglia il D.lgs. 50/2016 richiede ora l'espletamento di una procedura ordinaria di gara, per le opere pubbliche, d'importo pari o inferiore ad 1 milione di euro, permette lo svolgimento della procedura negoziata senza bando (art. 36, comma 2) delineando una evidente disparità di trattamento per le opere pubbliche di importo pari o inferiore a 1 milione di euro e quelle previste per le opere di urbanizzazione a scomputo di importo inferiore a 1 milione di euro. Tale differenziazione non appare comprensibile, considerato che in entrambi i casi si è in presenza di interventi qualificabili come opere pubbliche o di interesse pubblico.

Proposta:

Per le opere di urbanizzazione a scomputo sotto soglia (art. 36, comma 3 nuovo codice) si richiede che venga ripristinato quanto prima il sistema previsto in precedenza (art. 122, comma 8 del D.lgs. 163/2006) che aveva avuto un buon esito e cioè la procedura negoziata senza bando, con invito di cinque operatori.

Ulteriori rilievi si hanno sui seguenti temi:

l'art. 38 contenente la nuova disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti.

L'art. 3 include nella definizione di "stazione appaltante" anche "gli altri soggetti

aggiudicatori, di cui alla lettera g)”, vale a dire “i soggetti privati tenuti all’osservanza delle disposizioni del presente codice”, assoggettando così all’obbligo di qualificazione delle stazioni appaltanti anche i soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l’esecuzione di opere di urbanizzazione a scomputo ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett. e).

Proposta:

Poiché il nuovo sistema di qualificazione risulta difficilmente applicabile ai privati che realizzano opere a scomputo, anche perché l’attività di stazione appaltante per un soggetto privato non ha un carattere continuativo nel tempo, ma è legata al raggiungimento di un obiettivo preciso e determinato che è la realizzazione della parte pubblica dell’intervento di trasformazione del territorio, occorre chiarire che la disposizione non si applica alle opere di urbanizzazione a scomputo.

- 6) **l’art. 59**, rubricato “Scelta delle procedure”, stabilisce, tra l’altro, il **divieto di “appalto integrato” ossia l’affidamento congiunto della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori.**

L’art. 59, comma 1, al terzo e quarto periodo, prevede che “gli appalti relativi ai lavori sono affidati, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, come definito dall’articolo 23, comma 8” e che “è vietato l’affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell’esecuzione di lavori, *ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità*”. Tale disposizione non risulta coordinata con la disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo che di fatto è una procedura che costituisce una sorta di appalto integrato, in quanto oggetto del contratto sono, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori.

Proposta:

L’art. 59 dovrebbe escludere espressamente dal divieto di affidamento congiunto (progettazione esecutiva-esecuzione) le opere di urbanizzazione a scomputo.

Il carattere di norma “speciale”, propria dell’art. 1, comma 2, lett. e), dovrebbe consentire di superare il mancato richiamo della disciplina sulle opere a scomputo fra le eccezioni al divieto di affidamento congiunto.

- **[Opere di urbanizzazione e convenzioni urbanistiche ante 19 aprile 2016](#)**

Si riscontrano problemi con riferimento al *regime realizzativo da applicare alle opere di urbanizzazione a scomputo oggetto di convenzioni urbanistiche stipulate antecedentemente alla data di entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 (20 aprile scorso).*

Non è stata prevista una specifica disposizione transitoria per disciplinare i rapporti giuridici pendenti, cioè oggetto di convenzioni urbanistiche *stipulate con il Comune*

prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016, ma non ancora esauriti non essendo ancora state realizzate le urbanizzazioni in tutto o in parte.

La questione risulta particolarmente delicata, considerate le numerose innovazioni apportate dalla nuova normativa delle quali né il privato né il Comune potevano avere conoscenza al momento della sottoscrizione dell'atto convenzionale.

L'Ance già da tempo ha chiesto chiarimenti all'ANAC che stanno tardando a pervenire con la conseguenza di un quasi totale fermo dei lavori.

Proposta:

È necessario chiarire che *ai rapporti sorti prima dell'entrata in vigore* si applica la disciplina vigente al momento della stipula della convenzione urbanistica (che accede al piano urbanistico) attuativo, poiché in relazione a questi procedimenti il momento determinante ai fini dell'applicazione della disciplina è quello dell'assunzione degli obblighi relativi all'esecuzione delle opere stesse da parte dei privati interessati, momento che coincide con la sottoscrizione della convenzione urbanistica.

Tale interpretazione è in linea con quanto:

- **previsto a suo tempo in via transitoria dall'art. 253 comma 8 del D.lgs. 163/2006** in base al quale le nuove norme non si applicavano alle opere di urbanizzazione "da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del codice, abbiano già assunto nei confronti del comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scampo degli oneri di urbanizzazione";
- **sancito nel Comunicato del Presidente ANAC dell'11 maggio scorso**, contenente "Indicazioni operative sull'entrata in vigore del nuovo codice", in cui si precisa che, tra gli affidamenti che rimangono assoggettati alla disciplina del previgente D.lgs. n. 163/2006, rientrano anche "le adesioni a convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice".

Roma, 13 gennaio 2017

| | |
|---|--|
| <p>Art. 165. (Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni)</p> <p>1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.</p> | <p>Art. 165. (Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni)</p> <p>1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), una parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi dei servizi resi al mercato oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.</p> |
| <p>2. L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> | <p>2. L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> |
| <p>3. La sottoscrizione del contratto di concessione ha luogo dopo la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto di concessione è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione.</p> | <p>3. La sottoscrizione del contratto di concessione ha luogo dopo la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto di concessione è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro ventiquattro mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione. Resta salva, in alternativa, la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine. Il</p> |

Commento [APr2]: Non è chiaro cosa si intenda per "valore attuale netto" ovvero al netto degli oneri finanziari?

Commento [APr1]: La correzione proposta allinea questa previsione con quanto previsto, correttamente, all'art. 180 punto 3 (...Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3 comma 1 lettere aaa), bbb) e ccc).....).

Commento [APr3]: Gli oneri finanziari potrebbero/dovrebbero comprendere anche i costi di edging

Commento [APr4]: La norma lascia aperto il tema di cosa si intenda per "idonea documentazione" e cosa si intenda per contratto di finanziamento "perfezionato" (i.e. sottoscrizione del contratto o erogazione del finanziamento).

Commento [APr5]: La risoluzione di diritto è una previsione draconiana, che non tiene conto delle numerose situazioni in cui il closing finanziario può essere impedito da cause non dipendenti dal concessionario, magari superabili nei mesi successivi. Nel caso di eventuali responsabilità del concedente la risoluzione porterebbe a danni sicuramente maggiori alla pubblica amministrazione. Non volendo fare battaglie oggi perdenti rispetto al clima "sospettoso" nei confronti del project, si dovrebbe almeno portare il termine a 24 mesi e inserire un periodo, ripreso dall'art. 165, punto 5.

| | |
|---|--|
| <p>Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. Per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.</p> <p>5. L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancato collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine. Nel caso di risoluzione del rapporto ai sensi del primo periodo, il concessionario non avrà diritto ad alcun</p> | <p>bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale. Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. Per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.</p> <p>5. L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancato collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine. Nel caso di risoluzione del rapporto ai sensi del primo periodo, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle</p> |
|---|--|

| | |
|---|---|
| <p>rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva. Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale.</p> <p>6. Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Al concessionario spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.</p> | <p>relative alla progettazione definitiva. Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale.</p> <p>6. Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario comporta la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Al concessionario spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.</p> |
| <p>Art. 171. (Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione)</p> <p>7. La stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni.</p> | <p><i>Previsione apprezzabile ma la previsione dovrebbe essere declinata in sede di soft law (linee guida, bandi tipo) precisando – pur nel rispetto della norma di principio – quali sono i limiti e i confini di questa negoziazione in modo tale che non si traduca in una distorsione della concorrenza</i></p> |
| <p>Art. 174. (Subappalto)</p> <p>1. Ferma restando la disciplina di cui all'articolo 30, alle concessioni in materia di subappalto si applica il presente articolo.</p> <p>2. Gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi. Non si considerano</p> | <p>Id</p> <p>2. Gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi. Non si considerano</p> |

Commento [APr6]: Questa previsione è contraria a qualsiasi norma vigente e al codice civile, prevedendo un indebito arricchimento dell'amministrazione aggiudicatrice, dato che i lavori possono essere iniziati da oltre un anno e magari si sono già realizzate opere per importi rilevanti, utilizzando l'equity della SPV per la quota relativa all'investimento privato.

Commento [APr7]: la norma può determinare incertezza ai fini della bancabilità delle operazioni. La revisione del PEF deve essere sempre garantita per tutti gli eventi non riconducibili al concessionario stabiliti nella convenzione. In particolare, il riferimento è a fatti imputabili al concedente o a terzi soggetti coinvolti nel processo autorizzativo che determinino ritardi rispetto al cronoprogramma, a inadempimenti del concedente e ai casi di change in law ed eventi di forza maggiore.

| | |
|--|---|
| <p>come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate; se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'articolo 184, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al comma 2 del citato articolo 184. In sede di offerta gli operatori economici, che non siano microimprese, piccole e medie imprese, per le concessioni di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a), indicano una terna di nominativi di sub-appaltatori nei seguenti casi:</p> <p>a) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione;</p> <p>b) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali risulti possibile reperire sul mercato una terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso l'elevato numero di operatori che svolgono dette prestazioni.</p> <p>3. L'offerente ha l'obbligo di dimostrare, nei casi di cui al comma 2, l'assenza, in capo ai subappaltatori indicati, di motivi di esclusione e provvede a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato l'esistenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80.</p> <p>....</p> <p>7. Qualora la natura del contratto lo consenta, è fatto obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori, sempre, in caso di microimprese e piccole imprese, e, per le altre, in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o in caso di richiesta del subappaltatore. Il pagamento diretto è comunque subordinato alla verifica della regolarità contributiva e retributiva dei dipendenti del subappaltatore. In caso di pagamento diretto il concessionario è liberato dall'obbligazione solidale di cui al comma 5.</p> | <p>come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate; se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'articolo 184, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al comma 2 del citato articolo 184. In sede di offerta gli operatori economici, che non siano microimprese, piccole e medie imprese, per le concessioni di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a), indicano una terna di nominativi di sub-appaltatori nei seguenti casi:</p> <p>a) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione;</p> <p>b) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali risulti possibile reperire sul mercato una terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso l'elevato numero di operatori che svolgono dette prestazioni.</p> <p>3. L'offerente ha l'obbligo di dimostrare, nei casi di cui al comma 2, l'assenza, in capo ai subappaltatori indicati, di motivi di esclusione e provvede a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato l'esistenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80.</p> <p>....</p> <p>7. Qualora la natura del contratto lo consenta, è fatto obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori, sempre, in caso di microimprese e piccole imprese, e, per le altre, in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o in caso di richiesta del subappaltatore secondo quanto disposto al comma 13-bis dell'art. 105. Il pagamento diretto è comunque subordinato alla verifica della regolarità contributiva e retributiva dei dipendenti del subappaltatore. In caso di pagamento diretto il concessionario è liberato dall'obbligazione solidale di cui al comma 5.</p> |
| <p>Art. 180. (Partenariato pubblico privato)</p> <p>5. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita ex ante, ovvero rimette la remunerazione del servizio allo</p> | <p>5. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita ex ante, ovvero rimette la remunerazione della totalità o di</p> |

Commento [APr8]: Come per tutti gli appalti, anche per le concessioni è assurda la previsione della terna per i subappalti. Anzi per le concessioni lo è ancora di più, dato che trascorre ancora più tempo fra l'offerta e l'inizio dei lavori (per non parlare dei servizi, che normalmente partono a fine lavori).

Commento [APr9]: Testo coordinato con la proposta di modifica dell'articolo 105

Commento [APr10]: Sembrerebbe, con un certo sforzo interpretativo, un dualismo secco fra project caldi e project freddi, dato l'uso del termine "ovvero".

Sarebbe opportuno rendere anche questo punto congruente con le modifiche proposte agli articoli precedenti.

| | |
|---|--|
| <p>sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo.</p> | <p>parte dei servizi allo sfruttamento diretto degli stessi da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda dei servizi medesimi.</p> |
| <p>6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> | <p>6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p> |
| <p>7. La documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto.</p> | <p>7. La documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro ventiquattro mesi dalla sottoscrizione del contratto.</p> |
| | <p>Resta salva, in alternativa, la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine. Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la</p> |

Commento [APr11]: Questa previsione, mutuata dall'Inghilterra, dove i PF si basano su progetti ben definiti e procedure standard centralizzate, non è applicabile in Italia, dove i PF partono da uno studio di fattibilità e questa stessa legge dà ampie possibilità (teoriche) di gestire le procedure con autonomia a un grande numero di stazioni appaltanti. L'unico vero risultato, già sperimentato in Nogara Mare, sarà un alto costo di Commitment, a fronte di "documentata disponibilità", forzatamente aleatoria perché condizionata (subject to...). Quindi andrebbe soppresso il comma o in alternativa di mitigarne la seconda parte riportando il termine a 24 mesi e inserendo un periodo ripreso dall'art. 165, comma 5.

Commento [APr12]: La risoluzione di diritto è una previsione draconiana, che non tiene conto delle numerose situazioni in cui il closing finanziario può essere impedito da cause non dipendenti dal concessionario, magari superabili nei mesi successivi. Nel caso di eventuali responsabilità del concedente la risoluzione porterebbe a danni sicuramente maggiori alla pubblica amministrazione.

| | |
|---|---|
| | realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale. “ |
| <p>Art. 182 Finanziamento del progetto</p> <p>.....</p> <p>3. Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.</p> | <p>Art. 182 Finanziamento del progetto</p> <p>.....</p> <p>3. Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario comporta la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.</p> |
| <p>Art. 183 Finanza di progetto</p> <p>.....</p> <p>15. Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve</p> | <p>Art. 183 Finanza di progetto</p> <p>.....</p> <p>15. Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve</p> |

Commento [APr13]: La norma può determinare incertezza ai fini della bancabilità delle operazioni. La revisione del PEF deve essere sempre garantita per tutti gli eventi non riconducibili al concessionario stabiliti nella convenzione. In particolare, il riferimento è a fatti imputabili al concedente o a terzi soggetti coinvolti nel processo autorizzativo che determinino ritardi rispetto al cronoprogramma, a inadempimenti del concedente e ai casi di change in law ed eventi di forza maggiore.

| | |
|--|--|
| <p>definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo 93, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla</p> | <p>definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo 93, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla</p> |
|--|--|

Commento [APr14]: Il presente emendamento intende correggere un evidente errore formale, prevedendo la presentazione della garanzia provvisoria, di cui all'articolo 93, normalmente prevista in questa fase procedurale, in luogo della garanzia definitiva di cui all'articolo 103. La richiesta di una cauzione definitiva in sede di presentazione della proposta appare una richiesta sproporzionata rispetto al rischio che il privato non prosegua nel procedimento fino alla pubblicazione del bando di gara. Tra l'altro al momento della presentazione della proposta il privato ha già assunto dei rischi, dovuti ai costi già sostenuti per la presentazione della stessa proposta e della relativa asseverazione.

| | |
|--|--|
| <p>comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati; nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.</p> | <p>comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati; nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.</p> |
| <p>16. La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 187.</p> | <p>16. La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 187, e il contratto di disponibilità di cui all'articolo 188.</p> |
| <p>Art. 188 Contratto di disponibilità</p> <p>3. Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all'articolo 72 ovvero di cui all'articolo 36, comma 9, secondo l'importo del contratto, ponendo a base di gara il progetto di fattibilità tecnico ed economica predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice, che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita e le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità, nei limiti di cui al comma 6. Le offerte devono contenere un progetto di fattibilità rispondente alle caratteristiche indicate in sede di gara e sono corredate dalla garanzia di cui all'articolo 93; il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'articolo 103. Dalla data di inizio della messa a disposizione da parte dell'affidatario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera, da prestarsi nella misura del dieci per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 103; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 95. Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte. Gli oneri connessi agli eventuali espropri sono considerati nel quadro economico</p> | <p>Art. 188 Contratto di disponibilità</p> <p>3. Fermo restando quanto previsto dall'art. 183, comma 16, il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all'articolo 72 ovvero di cui all'articolo 36, comma 9, secondo l'importo del contratto, ponendo a base di gara il progetto di fattibilità tecnico ed economica predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice, che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita e le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità, nei limiti di cui al comma 6. Le offerte devono contenere un progetto di fattibilità rispondente alle caratteristiche indicate in sede di gara e sono corredate dalla garanzia di cui all'articolo 93; il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'articolo 103. Dalla data di inizio della messa a disposizione da parte dell'affidatario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera, da prestarsi nella misura del dieci per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 103; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 95. Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte. Gli oneri connessi agli eventuali</p> |

Commento [APr15]: L'emendamento intende estendere il meccanismo della proposta di iniziativa privata non solo alla locazione finanziaria ma anche al contratto di disponibilità, di cui all'articolo 188.

Commento [APr16]: La presente modifica, unita a quella proposta al comma 16 dell'art. 183 consente di estendere il meccanismo della proposta di iniziativa privata di cui al comma 15 dell'art.183, analogamente a quanto già previsto per la locazione finanziaria, di cui all'art. 187

| | |
|---|--|
| degli investimenti e finanziati nell'ambito del contratto di disponibilità. (123) | espropri sono considerati nel quadro economico degli investimenti e finanziati nell'ambito del contratto di disponibilità. (123) |
|---|--|

NOTA SU ANDAMENTO APPALTI ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E DELLE CONCESSIONI (D.LGS 50/2016)

Audizione FINCO del 4 Ottobre 2016

FINCO è la Federazione delle Industrie dei Prodotti, degli Impianti, dei Servizi e delle Opere Specialistiche per le Costruzioni che raggruppa 38 Associazioni Nazionali di Categoria in rappresentanza di oltre 5.000 imprese e 105.000 addetti.

La maggior parte delle categorie rappresentate partecipa agli appalti pubblici principalmente nel settore dei lavori specialistici e super specialistici ma anche in quello dei servizi e delle forniture; è quindi interesse primario della Federazione che la recente normativa appalti abbia una corretta applicazione come è anche interesse di non minore importanza rappresentare eventuali difficoltà connesse alla nuova disciplina.

Preliminarmente si rileva che non si condividono gli allarmismi diffusi attraverso i mezzi di stampa da altre organizzazioni di categoria del settore che, ad avviso della Federazione, stanno speculando sul rallentamento fisiologico delle gare dovuto alle nuove regole per cercare di rimettere in discussione sia l'impianto del Codice che importanti previsioni in esso contenute (una tra tutte, la normazione sul subappalto che è tema ricorrente della loro comunicazione).

Fermo restando che il complessivo giudizio sul Codice è ampiamente positivo, è opinione della Federazione che **una rivisitazione anche incisiva** della norma (laddove necessaria e non rivolta a scardinare i principi che la governano) sia ipotizzabile **solo alla fine del primo anno di applicazione** (come previsto nella Legge Delega) e non certamente in questi mesi che ancora non vedono il quadro regolamentare definito e, per conseguenza, tutto il meccanismo a regime.

A questo proposito, sarebbe opportuno anche prevedere una seconda possibilità di revisione dopo il primo anno (magari dopo un ulteriore anno) per una sistemazione definitiva del testo (anche in considerazione del fatto che il quadro normativo si andrà a completare solo nel corso del corrente anno - ed anche oltre - con una serie di atti di varia natura che sono, ciò non di meno, fondamentali per il funzionamento dell'impianto complessivo) .

A prescindere dal citato completamento del quadro normativo vi sono indubbiamente parti del Codice che presentano **refusi** che non sono stati presi in considerazione nell'ambito del Comunicato correttivo del 15 luglio 2016 e che, per questo meriterebbero un provvedimento *ad hoc*, come ad esempio, la richiesta della cauzione definitiva al posto di quella provvisoria nella Finanza di Progetto (art. 183, comma 15 in cui si fa riferimento alla cauzione di cui all'art. 103 e non 93 - come dovrebbe essere - del Codice) o la mancanza nella lettera b) del comma 2 dell'art. 97 sulle Offerte Anormalmente Basse di un inciso, peraltro previsto in altre lettere dello stesso comma (<<arrotondamento all'unità superiore rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso>>) la cui assenza rende di fatto inapplicabile questo metodo di valutazione.

Come vi sono “**soluzioni ragionevoli**” che nel breve periodo potrebbero aiutare a superare il rallentamento fisiologico (peraltro non avvenuto nei bandi Anas, Consip ed in quelli di progettazione) di un sistema in via di definizione come la possibilità per le Stazioni Appaltanti di mettere a gara, per qualche ulteriore mese e fino ad una data certa, che potrebbe essere la scadenza del primo anno di applicazione del nuovo Codice, i progetti definitivi (integrati dagli elementi essenziali ed indefettibili del progetto esecutivo).

La soluzione ottimale sarebbe, ovviamente, mettere a disposizione delle Stazioni Appaltanti i necessari finanziamenti (anche a valere sui costi del futuro appalto senza reintrodurre con questo, l'appalto integrato, perché la progettazione dovrebbe essere fatta comunque dall'Amministrazione) per completare i progetti definitivi rendendoli esecutivi e mandandoli in gara rapidamente (anche per ovviare ad un ricorso improprio alla figura del *General Contractor* al solo fine di aggirare la mancanza di progetti esecutivi) .

I dati di questi mesi confermano che gli appalti di progettazione sono in costante crescita con ciò dimostrando che il rallentamento delle gare - che va attenuandosi - è legato alla mancanza di familiarità con le nuove regole e non all'impossibilità di applicarle; e se riparte la progettazione, molto ragionevolmente, a breve ripartiranno anche le gare dei lavori.

Da una indagine condotta su un campione significativo di imprese associate, i ritardi in determinati settori dei lavori pubblici sono dovuti sinteticamente ai seguenti fattori:

- Difficoltà delle Stazioni Appaltanti nel redigere Progetti Esecutivi (come sopra detto, una maggiore disponibilità di risorse aiuterebbe a superare rapidamente questo problema)
- Incertezza dovuta all'attesa delle norme complementari (Decreti Ministeriali, Linee Guida Anac)
- Applicazione estensiva del criterio dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa (OEPV) anche per appalti con importi di modesta rilevanza che, oltre a rendere più onerosa la partecipazione delle micro e piccole imprese, rappresenta un carico di lavoro addizionale (ed a volte ingiustificato per appalti di basso importo e che non trova una coerente applicazione in presenza di progetti esecutivi in cui le migliorie non possono che essere riferite ad elementi di secondaria importanza difficilmente misurabili in maniera oggettiva) per le amministrazioni.
- Applicazione del criterio dell'OEPV anche per appalti in cui non è facile individuare criteri tecnici adeguati, come, ad esempio, quelli sulle manutenzioni ordinarie.

Vista, poi, la grande importanza che ha, finora, rivestito nel nostro ordinamento il Regolamento attuativo del Codice degli Appalti (DPR 207/10), si rileva la necessità che, nel momento in cui tutti gli atti di secondo livello ad oggi previsti dal D. Lgs 50/2016 siano stati completati, si operi, d'intesa con le Associazioni di Categoria maggiormente interessate, una ricognizione degli aspetti regolamentari non recepiti dalle nuove norme ma di cui si condivida la necessità di mantenimento nell'ordinamento al fine di un loro inserimento con provvedimenti *ad hoc*.

A margine si segnala, anche, l'importanza di una consultazione costante con gli operatori del settore attraverso la creazione di un Tavolo Istituzionale di confronto aperto alle Associazioni poco sopra citate e, comunque, il raccordo con la Cabina di Regia prevista all'art. 212 del Codice.

Infine, si ritiene opportuno far presente che **la Federazione non condivide alcune delle proposte** che sono state avanzate da diverse parti. Tra queste:

- L'applicazione del limite del 30% al subappalto alla sola categoria prevalente e non all'intero importo dell'appalto, come oggi previsto.
- La piena subappaltabilità delle lavorazioni c.d. "scorporate/scorporabili" in assenza di una specifica qualifica da parte dell'appaltatore stesso.
- La reintroduzione del c.d. "premio di coordinamento" che consentirebbe di utilizzare i lavori subappaltati per ottenere la qualificazione anche nelle lavorazioni specialistiche non realizzate direttamente e che richiedono, invece, la reale disponibilità di attrezzature, risorse e personale qualificato.
- L'eliminazione della possibilità di subappaltare solo se previsto esplicitamente dal bando di gara.
- La previsione di premialità per quanti presentino garanzie bancarie invece che di altra natura.

Nel ribadire la condivisione dei contenuti del nuovo Codice e tutto quanto sopra premesso circa l'opportunità di una limitata e ponderata revisione alla luce di una concreta applicazione delle nuove regole e non prima dei tempi previsti dalla norma primaria, al fine di contribuire ai lavori che le Commissioni congiunte di Camera e Senato si accingono a sviluppare in merito ad una possibile revisione del testo, si allega alla presente una sintetica nota contenente alcune proposte di modifica del Codice vigente.

Roma 3 ottobre 2016

All. c.s.

ALLEGATO al documento FINCO

Nota per Commissioni VIII congiunte Camera e Senato (4 ottobre 2016)

A. PROGETTAZIONE E AFFIDAMENTO

1. Per le sole **manutenzioni ordinarie** in settori diversi da quelli relativi ai Beni Culturali ed, in ogni caso, non connesse ad altro tipo di attività, possibilità di andare in gara con un **progetto definitivo associato ad un dettagliato capitolato prestazionale**.
2. Chiara indicazione che i **Contratti Collettivi applicabili** agli appalti non sono solo quelli maggiormente diffusi o quelli siglati dalle parti sociali comparativamente più rappresentative, ma tutti quelli “*il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto*” come testualmente previsto all’art. 30, comma 4 del Codice.
3. Eliminazione della possibilità che tutti i **lotti** vengano assegnati ad unico offerente [art. 51, comma 2] perché non coerente con la necessità di dividere in lotti le gare al fine di favorire la partecipazione delle PMI.

B. SELEZIONE OFFERTE E QUALIFICAZIONE

1. Nel caso di OEPV per i lavori afferenti i **Beni Culturali**, previsione che la **commissione giudicatrice** non solo sia composta genericamente da “esperti” nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto [*come attualmente previsto all’art. 77, comma 1 del Codice per tutte le tipologie di appalti*], ma anche che il *pool* di esperti comprenda le figure professionali connesse per legge alla categoria di lavori corrispondente: il restauratore, l’archeologo, l’architetto.

2. Obbligo di **Commissari esterni** alle stazioni appaltanti e loro coinvolgimento anche in gare di valore inferiore alla soglia comunitaria [art. 77 Codice] a garanzia della terzietà della Commissione giudicatrice nel caso OEPV.
3. Ripristino di una finestra temporale **decennale** sia per la dimostrazione dei requisiti economici necessari all'ottenimento della **qualificazione SOA** che per la qualificazione alle gare di importo superiore ai 20 milioni di Euro [art. 84 Codice].
4. Previsione della possibilità [art. 84, comma 1 del Codice] che la **certificazione SOA** possa essere utilizzata per partecipare anche alle **gare di lavori inferiori a 150mila euro**, senza ulteriori aggravii documentali per le imprese già certificate.

C. AGGIUDICAZIONE

1. Estensione della possibilità [art. 95, comma 4] di utilizzare, in presenza di una buona progettazione esecutiva, il criterio del **minor prezzo per lavori fino a 2milioni di euro**.
2. Inserimento della previsione già contemperata dalla Legge Delega [articolo 2, comma 1, lettera ff) Legge 11/2016] di indicare le soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono, sempre in presenza di buona progettazione esecutiva, al **solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo - ad esempio pari ad € 1milione** - per limitare alle sole gare d'importo superiore l'applicabilità del criterio dell'OEPV.
3. Applicazione, anche nel caso di OEPV, **dei meccanismi per il calcolo dell'anomalia per la valutazione della parte economica così come previsti all'art. 97**: in questo caso il massimo punteggio previsto dovrebbe essere applicato a tutte le offerte che presentino un valore pari o superiore all'anomalia calcolata. Tutte le offerte collocate al di sotto di tale numero dovrebbero ricevere, invece, punteggi inferiori calcolati proporzionalmente alla differenza esistente tra l'anomalia e il ribasso offerto.

4. Definizione e miglior **chiarimento** (anche attraverso esempi redatti da Anac) dei criteri e dell'applicazione dei **metodi per il calcolo dell'anomalia** previsti dall'art. 97, comma 2.
5. Previsione che l'**esclusione automatica delle offerte che risultano anomale** si applichi **anche ad appalti sotto la soglia dei 40mila euro** allorquando il RUP procede alla verifica della congruità dei prezzi degli operatori che intende invitare alla gara. Ferma restando la necessità che il RUP svolga una indagine di mercato preliminare anche in caso di affidamento diretto [*si dovrebbe, a questo proposito, integrare l'art. 36, comma 2, lettera a) del Codice*], in questo caso, per non aggravare la procedura, si dovrebbero applicare esclusivamente i metodi di valutazione dell'anomalia previsti alle lettere c) o d) del comma 2 dell'art. 97.
6. Applicazione dell'**esclusione automatica delle offerte anomale** [art. 97, comma 8] **a tutte le gare il cui criterio di aggiudicazione sia basato sul solo prezzo.**

D. ESECUZIONE

1. Previsione dello **scorporo del costo della manodopera** dagli importi assoggettati al ribasso d'asta (al pari dei costi per la sicurezza) anche per l'appalto principale oltre a quanto già previsto per il subappalto all'art. 105, comma 14.
2. Collegamento formale e sostanziale dell'appalto con il subappalto attraverso un **contratto di subappalto tipo (standard)** che preveda una traslazione a valle delle condizioni previste (a monte) nel contratto principale tra stazione appaltante ed appaltatore (tempi e modi di esecuzione, condizioni di pagamento¹, ecc.).

¹ Si richiama, in proposito la Determina AVCP n 4 del 7 luglio 2010 dove si evidenzia come << in ogni caso, al fine di evitare che un comportamento non corretto in sede di pagamento possa produrre effetti esponenziali sul sistema delle imprese che operano a valle con incarichi di subappalto, è opportuno che i contratti impongano all'aggiudicatario che ha ottenuto un pagamento di una pubblica amministrazione (sia esso tempestivo o ritardato) di provvedere ai propri obblighi di pagamento verso i subappaltatori o fornitori con lo stesso giorno di valuta, al fine di evitare che l'aggiudicatario trasferisca il costo dell'inefficienza dalla stazione appaltante su imprese di più piccole dimensioni e, dunque, più fragili da un punto di vista finanziario >>

3. Eliminazione degli elementi di indeterminatezza nell'individuazione delle fattispecie che danno diritto al **pagamento diretto per il subappaltatore** [riferimento ad "*inadempimento da parte dell'appaltatore*" ed a "*natura del contratto*" previsti al comma 13 dell'art. 105 del Codice] e chiara indicazione che il pagamento diretto è previsto anche per cottimisti, prestatori di servizi e fornitori di beni e lavori in linea con quanto stabilito dalla Legge Delega [art. 2, comma 1, lettera rrr) della Legge 11/2016].
4. Reintroduzione degli **interessi per ritardato pagamento** in caso di SAL o chiusura lavori con relativo svincolo della garanzia fideiussoria, previsti agli artt. 143 e 144 del DPR 207/10 e non riportati nella nuova normativa.

E. IN HOUSE

1. Ripristino dell'iniziale orientamento volto ad azzerare la percentuale dei lavori attribuibili *in house* o, in subordine, il passaggio dall'attuale 20 al 10 per cento



Associazione delle organizzazioni di ingegneria,
di architettura e di consulenza tecnico-economica



CONFINDUSTRIA

PROPOSTE PER DECRETO CORRETTIVO CODICE CONTRATTI PUBBLICI

Roma, 16 gennaio 2017



 Representing
FIDIC in Europe



a) **Premessa**

L'OICE ha salutato con grande soddisfazione il varo del nuovo codice dei contratti pubblici che rappresenta un fondamentale punto di svolta dell'assetto normativo del nostro settore.

Fra legge delega e decreto delegato abbiamo visto concretizzate richieste che l'OICE avanzava da anni a favore della centralità del progetto e del progettista: dall'abolizione dell'incentivo del 2% per la progettazione interna alla P.A., alla necessità di affidare i lavori sul progetto esecutivo, al divieto di prezzo più basso per i servizi di ingegneria e architettura, alla limitazione dell'appalto integrato e al divieto di affidare contratti sulla base del progetto preliminare.

Molto significativa è anche la conferma del ruolo fondamentale assegnato ad ANAC, che avrà il compito di svolgere anche una decisiva funzione moralizzatrice sia nella fase di aggiudicazione delle gare, attraverso l'albo dei commissari di gara, sia nella preparazione degli atti di gara (mettendo a punto bandi e contratti-tipo), oltre che nella fase di vigilanza sulla esecuzione dei contratti.

Non va poi dimenticato che il nuovo codice mette al centro anche il tema delle stazioni appaltanti, da ridurre e da qualificare per essere controparti affidabili nel rapporto con i privati, rilanciando la figura del RUP e i connessi servizi di supporto.

Altro elemento per l'OICE di grande rilievo è la spinta per una qualificazione degli operatori privati basata su criteri reputazionali che faranno emergere i soggetti più virtuosi, con un approccio sostanziale che apprezziamo molto.

I citati punti, ad avviso dell'OICE, devono essere mantenuti in quanto elementi fondamentali per l'effettiva riuscita di un percorso coraggioso di riforma del settore.

Adesso siamo in una fase delicata in cui occorre completare il quadro della normativa primaria con numerosi provvedimenti di varia fonte che sostituiranno il regolamento, in equilibrata attuazione del decreto delegato.

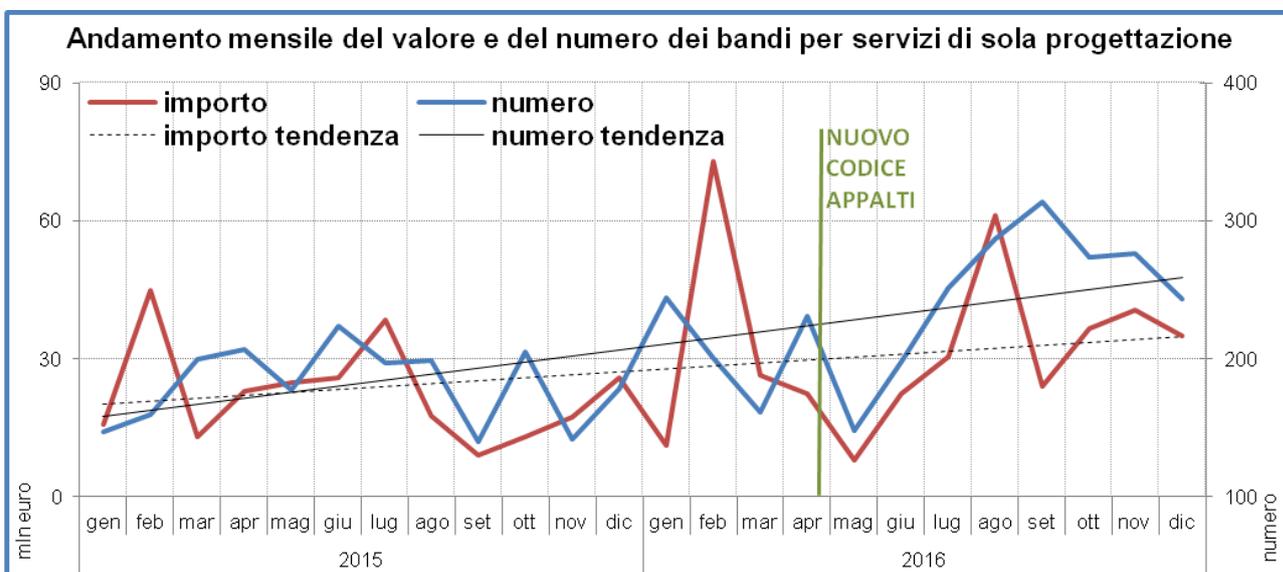
Intanto può essere utile soffermarsi su una rapida fotografia dell'andamento del mercato di interesse per le società di ingegneria, prima di entrare nel merito delle criticità e dei miglioramenti possibili da adottare entro aprile 2017.

b) L'andamento della domanda pubblica di servizi di ingegneria prima e dopo il decreto 50/2016

L'Ufficio studi OICE, che dal 1994 analizza l'andamento dei bandi di gara per servizi di ingegneria e architettura, ha potuto verificare gli effetti derivanti dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici che, per la fase progettuale, derivano soprattutto da due fattori: la sostanziale abrogazione dell'appalto integrato (vigente soltanto nei settori speciali) e l'eliminazione dell'incentivo del 2% per la progettazione interna.

Da questa analisi emerge con chiarezza che dal 19 aprile 2016 si è assistito ad una prima fase di disorientamento delle stazioni appaltanti alla quale, dopo meno di un mese, ha fatto seguito una impennata del numero delle procedure affidate e del loro valore, ben al di là dell'andamento registrato nei mesi precedenti all'entrata in vigore del nuovo codice.

In particolare, gli otto mesi da maggio a dicembre hanno fatto registrare forti incrementi, rispetto all'analogo periodo del 2015: +36,2% in numero e +50,0% in valore, come appare evidente dai grafici.



(*) Il picco di febbraio 2016 è dovuto alla pubblicazione di 39 gare di RFI-Rete Ferroviaria Italiana per un importo di oltre 60 milioni di euro

Nei dodici mesi del 2016, sempre per servizi di sola progettazione, le gare sono state 2.828, per un valore complessivo di 391.220.381 euro, rispetto ai dodici mesi del 2015 il numero cresce del 30,0% e il valore del 45,6%.

c) Possibili modifiche al Codice dei contratti pubblici

Premessa la necessità di **tenere fermo l'obbligo di appaltare i lavori sulla base del progetto esecutivo**, anche secondo le indicazioni pervenute dalla base associativa, si ritiene di potere individuare le seguenti possibili modifiche da proporre ai fini della definizione del decreto correttivo (di cui si inizierà a parlare da settembre nelle diverse sedi istituzionali):

1) Applicazione "decreto parametri"

Nel mese di luglio è entrato in vigore il cosiddetto **decreto "parametri"** (d.m. Giustizia e infrastrutture 17 giugno 2016) per il calcolo dei corrispettivi a base di gara per gli affidamenti di progettazione e altri servizi tecnici. In base al decreto 50/2016 il d.m. è però un provvedimento non vincolante per le stazioni appaltanti. Le nuove linee guida ANAC (1/2016) prevedono invece per le stazioni appaltanti l'obbligo di applicarlo, quindi in contrasto con la disposizione del codice. Dal momento che esiste una discrasia fra codice e linee guida ANAC si ritiene opportuno adeguare il decreto 50 affinché sia previsto l'obbligo di applicazione del decreto 17 giugno 2016. Ciò considerando anche che con il precedente codice, comunque era meno del 50% il numero delle amministrazioni che lo applicavano e in molti casi l'applicazione che ne veniva data non risultava corretta per evidenti sottostime degli importi.

Proposta: Modificare l'articolo 28, comma 8 rendendo obbligatoria l'applicazione del decreto ministeriale 17 giugno 2016.

2) Incentivo ai tecnici delle PP.AA.

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha eliminato l'incentivo del 2 per cento ai tecnici interni alla P.A..

In sede applicativa la nuova disposizione in questi primi 4 mesi di applicazione ha determinato un forte spostamento delle attività di direzione lavori all'interno della P.A., a volte anche con l'annullamento di gara già perfezionate. Si sottolinea il fatto che in questi casi (D.L. effettuata all'interno) non si ha alcuna garanzia sui livelli di qualificazione tecnico-professionali dei soggetti incaricati. Occorrerebbe quindi assicurare che il conferimento di incarichi di D.L. a professionisti interni dalla P.A. garantisca gli stessi livelli di qualificazione richiesti in caso di affidamento e terzi.

Inoltre si segnala che ogni amministrazione ha proprie regole per la gestione interna della distribuzione dell'incentivo che non sono coerenti rispetto al principio di attribuzione della remunerazione in virtù del raggiungimento di livelli di efficienza ed efficacia legati al conseguimento di obiettivi di rispetto dei tempi e dei costi preventivati.

Proposta: E' opportuno **in primo luogo prevedere che i tecnici delle PP.AA. incaricati della D.L. abbiano le stesse qualifiche che sarebbero state richieste in caso di affidamento a terzi della stessa attività; in secondo luogo è necessario** che si diano regole uniformi che disciplinino l'attribuzione

dell'incentivo nelle diverse fasi e che tali regole siano strettamente ancorate al rispetto all'effettivo rispetto di tempi e costi.

3) Supporti al RUP

Il nuovo codice e le linee guida ANAC sul **RUP** confermano il ruolo essenziale di questa figura nell'iter realizzativo di ogni opera pubblica. I commi 7 e 11 dell'articolo 31 del decreto 50/2016 prevedono che in caso di insufficienza di organico e di professionalità interne, il RUP possa affidare **compiti di supporto a soggetti terzi** scelti con procedure ad evidenza pubblica. Si tratta di una prassi seguita usualmente a livello internazionale dove il riferimento ad un soggetto esterno, e terzo rispetto a tutti gli altri players coinvolti, consente alla stazione appaltante di avere un controllo ferreo di costi e tempi con tecniche di project management ormai standardizzate in ambito internazionale e con soggetti qualificati e certificati (IPMA o PMI). Per alcune categorie di opere complesse, superiori ad un determinato importo, il supporto al RUP infatti non è una "possibilità", ma una necessità al fine di potere gestire correttamente, secondo tecniche di project management, l'andamento dei lavori, avendo sotto controllo tempi e costi. **In altre parole la proposta ha la funzione di dare concreta attuazione all'innovazione del Codice, che inserisce all'interno del processo di realizzazione di un'opera un attore (a supporto del RUP) assolutamente terzo al progettista, al direttore lavori e all'impresa di costruzioni, in analogia a quanto avviene normalmente in campo internazionale e anche nel settore privato in Italia. L'accurata analisi step by step del project manager supporta la stazione appaltante nell'ottenere un effettivo contenimento dei costi e tempi.**

Proposta: Prevedere al comma 11 dell'articolo 31 l'obbligo di affidare compiti di supporto al RUP per opere complesse di importo superiore a 20 milioni di euro.

3) Consorzi stabili

Lo strumento dei **consorzi stabili di società di ingegneria e di società tra professionisti** fu introdotto nel 1998 per incentivare le aggregazioni fra società, anche al fine di colmare il gap dimensionale fra le nostre organizzazioni e quelle operanti a livello internazionale. La norma ha consentito di fare crescere molte strutture che hanno iniziato a lavorare stabilmente in rete. Con il nuovo Codice inspiegabilmente si è previsto (art. 47, comma 2 del d. lgs. 50/2016) che la qualificazione dei consorzi stabili con la somma dei requisiti dei consorziati sia limitata a cinque anni. E' evidente che questa norma, applicata anche ai consorzi ex art. 46, depotenzia drasticamente l'appetibilità dello strumento e lo rende sostanzialmente inutile.

Proposta: Eliminazione del limite dei 5 anni per la qualificazione dei consorzi stabili di SDI che si qualificano con i requisiti dei consorziati (art. 47, comma 2 del d. lgs. 50/2016)

4) Corrispettivi e finanziamento

Nel codice del 2006 era stata trasposta una disposizione (già prevista nelle versioni della Legge Merloni) che **vietava alle stazioni appaltanti di**

subordinare il pagamento dei corrispettivi per la progettazione all'avvenuto finanziamento dell'opera. E' evidente la palese penalizzazione per i progettisti, in un momento in cui anche i tempi di pagamento si stanno nuovamente dilatando, costringendo professionisti e società, nella sostanza, a finanziare le stazioni appaltanti.

Proposta: Il ripristino della disposizione che faceva divieto di subordinare il pagamento dei corrispettivi all'avvenuto finanziamento dell'opera (ex art. 92, comma 1 del d. lgs. 163/2006).

5) Documento preliminare alla progettazione

La centralità del progetto significa anche qualità della progettazione che, a sua volta, richiede alle stazioni appaltanti di indicare con chiarezza cosa si attende dal progetto di un determinato intervento. La soppressione del **documento preliminare alla progettazione** dal nuovo codice si pone in palese contrasto con questi principi, condivisi.

Proposta: reinserimento del DPP (documento preliminare alla progettazione) come elemento essenziale per la redazione del primo livello progettuale e per lo svolgimento delle indagini che ad esso afferiscono.

6) Consultazione preliminare sul progetto esecutivo

Eliminare il più possibile motivi di contenzioso fra progettista e impresa e la possibilità di chiedere modifiche alla progettazione esecutiva è un imperativo per dare certezza giuridica ai rapporti fra i vari soggetti coinvolti nella filiera delle costruzioni e per realizzare il principio di economicità ed efficienza della spesa pubblica. Potrebbe essere utile recuperare il contenuto dell'articolo 112 - bis del decreto 163/2016 che prevedeva l'obbligo (per opere di particolare rilievo e importo) di una **consultazione preliminare** (presente il progettista e il validatore) **sul progetto posto a base di gara dell'appalto di sola esecuzione** (similmente si potrebbe immaginare una consultazione analoga anche a valle dell'aggiudicazione, fra aggiudicatario, progettista, validatore e stazione appaltante). In tale sede le imprese prequalificate e che dovranno presentare offerta verrebbero chiamate ad esprimere le proprie valutazioni sul progetto proponendo eventuali modifiche e con divieto di presentare poi riserve e proporre varianti successivamente alla presentazione dell'offerta. Analoga procedura potrebbe essere prevista anche per le gare di servizi di ingegneria e architettura.

Proposta: reintrodurre l'art. 112-bis d. lgs 163/2006 e renderlo applicabile anche alle procedure di affidamento di servizi di ingegneria e architettura.

7) Tempi di aggiudicazione

Nello svolgimento delle operazioni di gara le stazioni appaltanti non sono tenute al rispetto di alcun limite temporale al punto che di frequente accade che procedure con termini brevi siano aggiudicate in tempi superiori di 4/5 volte rispetto ai termini fissati nel bando di gara per la presentazione delle offerte da parte di concorrenti.

Proposta:

Stabilire un limite massimo per addivenire all'aggiudicazione provvisoria prevedendo, ad esempio, che a tale provvedimento si arrivi al massimo in un arco temporale doppio rispetto al termine decorrente dalla pubblicazione del bando o avviso alla presentazione dell'offerta.

8. Contratti di sponsorizzazione

La progettazione, per la sua funzione e per la sua rilevanza strategica all'interno dell'iter di realizzazione di un'opera pubblica non può essere oggetto di sponsorizzazione, soprattutto quando la sponsorizzazione viene individuata da alcune amministrazioni come corrispettivo dell'attività professionale.

Proposta:

Esclusione dei contratti aventi ad oggetto servizi di ingegneria e architettura fra quelli oggetto di applicazione dell'art. 19 del decreto 50.

9. Linee guida ANAC vincolanti

Appare inoltre opportuno che le **linee guida ANAC 1/2016 sui servizi di ingegneria e architettura**, in assenza di qualsiasi disposizione di dettaglio (come quelle precedentemente previste dal dpr 207/2010), **siano rese vincolanti**.

Proposta:

All'articolo 157 aggiungere il seguente comma:

“4. Le linee guida che disciplinano l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura sono vincolanti per le stazioni appaltanti”

16.1.2017

SINTESI CONTRIBUTO

Nell'ambito del Codice Appalti è necessario tenere in considerazione le peculiarità dei settori speciali per evitare che le norme generali causino un effetto contrario rispetto agli obiettivi del Codice di agevolazione ed efficienza degli investimenti e competitività dei mercati.

Un primo caso è dato dalle norme in materia di subappalto che prevedono, in caso di gare sopra soglia comunitaria, l'obbligo di indicare la **terna dei subappaltatori**: ciò comporta la diffusione di informazioni sui partecipanti e di dati riservati e sensibili, cosa che contrasta con i principi di riservatezza e determina una potenziale distorsione della concorrenza. Inoltre, la previsione del **pagamento diretto ai subappaltatori** espone l'ente aggiudicatore a rischi operativi (doppi pagamenti) e comporta la perdita di efficienza operativa.

La previsione dell'obbligo di **pubblicazione del provvedimento che determina l'esclusione dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi**, determinerebbe la diffusione di informazioni riservate, influenzando l'andamento delle gare e causando possibili turbative d'asta, in caso di procedure negoziate con previa indizione di gara, essendo queste organizzate in due fasi separate, una per le candidature e la seconda per la presentazione delle offerte, ad opera esclusiva degli operatori ammessi.

Sarebbe auspicabile che **l'opportunità consentita alle procedure aperte di esaminare le offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti**, fosse applicabile anche alle procedure negoziate con previa indizione di gara, nel rispetto dei principi di efficienza e semplificazione che le stazioni appaltanti devono rispettare.

Un'ultima casistica esaminata, infine, riguarda i **concorsi di progettazione**, nella parte in cui alcune apparenti lacune normative, determinano la mancata previsione dell'acquisizione della proprietà del progetto con il pagamento del premio con conseguente possibile irrigidimento nell'uso del concorso di progettazione da parte delle stazioni appaltanti operanti nei settori speciali, perché vengono meno le tutele giuridiche a loro beneficio.

Di seguito un approfondimento delle criticità sopra rilevate.

SUBAPPALTI: TERNA DEI SUBAPPALTATORI E PAGAMENTO DIRETTO

Premessa

L'art. 105, comma 6 e comma 13, introduce l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori per le gare sopra soglia comunitaria che non abbiano come oggetto attività contrattuali a carattere specialistico.

Inoltre prevede la corresponsione diretta al subappaltatore, per le prestazioni da questo eseguite, in determinate ipotesi:

- a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Problema

Premesso in via generale che l'imposizione dell'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta i nominativi degli eventuali subappaltatori implica un onere di verifica da parte dell'ente aggiudicatore che inevitabilmente dovrà essere replicato in fase di esecuzione del contratto, in occasione dell'autorizzazione al subappalto, stante che nella maggior parte dei casi l'affidamento del subappalto ha luogo in tempi notevolmente differiti rispetto alla fase di affidamento.

Non sono peraltro chiare quali siano le conseguenze laddove, in fase di esecuzione, i nominativi indicati non fossero più disponibili.

Per gli appalti - per i quali gli **operatori cui ricorrere per il subappalto siano di numero limitato come avviene nei settori speciali**, in cui le attività sono caratterizzate da competenze specialistiche, le imprese concorrenti potrebbero trovarsi nella situazione di dover indicare i medesimi subappaltatori, con conseguente **rischio di diffusione di informazioni riservate** attinenti alle offerte che potrebbero influenzare il corretto svolgimento dell'iter di gara.

L'obbligo di indicare una terna di subappaltatori in tali casi può determinare una distorsione della concorrenza imponendo la divulgazione di informazioni sui fornitori di carattere commerciale anche sensibili con il rischio di scoraggiare o influenzare la partecipazione delle imprese alle procedure di gara.

Relativamente alla previsione della corresponsione diretta dei subappaltatori, si precisa che nei settori speciali gli enti aggiudicatori si sono dotati, nel tempo, di sistemi di gestione dei pagamenti connotati da un elevato grado di automatizzazione che garantiscono, una volta acquisite per via telematica dagli appaltatori le fatture, eventualmente quietanzate dagli eventuali subappaltatori, il rispetto del termine di pagamento a 60 giorni. In forza di tale sistema telematico è meno avvertita l'esigenza di rafforzare le garanzie di pagamento diretto dei subappaltatori. Un'evidenza è data anche dalla scarsa significatività, in termini numerici e di valore, del contenzioso in materia.

Di contro, **la previsione di un pagamento diretto su semplice richiesta del subappaltatore renderebbe non utilizzabili i suddetti sistemi automatizzati di pagamento**, in quanto previsti solo a beneficio degli appaltatori, esponendo quindi l'ente aggiudicatore a **rischi operativi** (doppi pagamenti) ed una significativa perdita di efficienza operativa, generando l'effetto opposto rispetto alla finalità della norma e di vedere **dilatarsi i termini di pagamento** in violazione delle disposizioni contenute dal D.Lgs. 231/2002 e s.m.i..

A quanto sopra si aggiunge come, nei settori speciali, la gran parte degli appalti prevede una specificità ed una complessità tecnica che di norma rende **impossibile tener distinti l'avanzamento dei lavori del subappaltatore** rispetto a quelli dell'appaltatore rendendo **inapplicabile l'automatismo della misura** che si intende introdurre.

Proposta

Risulta necessario modificare la disciplina del subappalto escludendo la sistematicità di applicazione ma prevedendo, almeno nei settori speciali, che l'ente aggiudicatore possa procedere al pagamento diretto dei subappaltatori solo **in caso di richiesta del subappaltatore rispetto ad un accertato e non contestato inadempimento dell'appaltatore** e negli altri casi previsti dal bando di gara o dalla lettera d'invito.

Si suggerisce inoltre di eliminare del tutto il riferimento alla natura del contratto perché incerto e come tale suscettibile di dubbi interpretativi ed applicativi tanto per la stazione appaltante che per ogni altro interlocutore ed anche a fini deflattivi del contenzioso.

Si propone pertanto di aggiungere alla fine del comma 8 dell'art. 114 il seguente periodo: *“L'art. 105 si applica con la precisazione che gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, limitatamente al comma 6, possono prevedere, nell'avviso con cui si indice la gara oppure nell'invito a presentare offerta, l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori, e relativamente al comma 13, corrispondono direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite esclusivamente nei seguenti casi cumulativamente intesi:*

- a) a seguito di loro espressa richiesta;*
- b) in caso di accertato inadempimento dell'appaltatore [da parte del Direttore Lavori];*
- c) per le somme non contestate dall'appaltatore”.*

PROCEDURE NEGOZiate: APERTURA ANTICIPATA DELL'OFFERTA

Premessa

L'art. 124 prevede che le stazioni appaltanti operanti nei settori speciali possano adottare liberamente, per l'aggiudicazione dei propri contratti, la "Procedura negoziata con previa indizione di gara", la quale consta di una fase negoziale che vede coinvolti soltanto gli operatori economici che abbiano soddisfatto i requisiti previsti nel Bando di gara.

L'art. 133, co. 8, a sua volta, prevede invece la possibilità, ma per le sole procedure aperte, che le offerte presentate vengano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti.

Problema

Sarebbe auspicabile che l'opportunità prevista per le sole procedure aperte venga estesa anche alle procedure negoziate con previa indizione di gara, in modo tale che anche per quest'ultime si garantiscano tempi di conduzione del procedimento più contenuti, in linea con l'efficienza e la semplificazione a cui le stazioni appaltanti sono chiamate ad ottemperare.

Proposta

Si propone di aggiungere all'inizio dell'art. 133, co. 8, dopo le parole "*Nelle procedure aperte*" le seguenti: "*e nelle procedura negoziata con previa indizione di gara*".

PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE DALLA CANDIDATURA PER PROCEDURE NEGOZiate CON BANDO

Premessa

L'art. 29, secondo periodo del comma 1, statuisce l'obbligo di pubblicare sul Profilo del committente della Stazione appaltante il provvedimento che determina l'esclusione dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico finanziari e tecno-professionali, per consentire la proposizione dell'eventuale ricorso ex art. 120 c.p.a..

Problema

Attraverso la pubblicazione di detto provvedimento si renderebbero noti i nominativi, oltre che degli operatori esclusi, anche degli ammessi all'esito delle valutazioni dei requisiti. Tale circostanza suscita rilevanti perplessità in termini di possibile turbativa d'asta nelle procedure negoziate o ristrette dove il bando ha il precipuo fine di identificare i soggetti idonei alla futura presentazione delle offerte, che avrà luogo in una fase successiva del procedimento di affidamento.

La previsione, dunque, applicata letteralmente, consentirebbe ai candidati interessati di venire a conoscenza dei nominativi degli altri concorrenti risultati idonei, con conseguente rischio di diffusione di informazioni riservate che potrebbero influenzare il prosieguo dell'iter di gara con possibile ipotesi di turbativa d'asta.

Proposta

Si propone di inserire le parole "*Per le procedure aperte*" sia all'inizio del secondo periodo dell'art. 29, comma 1 sia all'inizio della lettera b), comma 1, dell'art. 204.

CONCORSI DI PROGETTAZIONE

Premessa

Diversamente dai settori ordinari, le stazioni appaltanti operanti nei settori speciali con il ***pagamento del premio non acquisiscono la proprietà del progetto***, in virtù del mancato richiamo da parte dell'art. 141, comma 1, del Codice, del comma 5 primo periodo dell'art. 152.

Questa eccezione non opera invece per il concorso di idee, dove l'art. 156 del Codice, essendo integralmente richiamato dall'art. 141, comma 1, legittima le stazioni appaltanti dei settori speciali ad acquisire la proprietà dell'idea con il pagamento del premio (vedi comma 5 dell'art. 156).

Le medesime ***stazioni non possono ricorrere neanche al concorso di progettazione in due gradi***, grazie al quale potrebbero definire con un'unica procedura due livelli di progettazione distinti, in virtù del mancato richiamo dell'art. 154, comma 4, ad opera dell'art. 141, comma 1.

Si segnala che per i settori ordinari è invece ammissibile farvi ricorso nelle sole ipotesi di interventi di particolare rilevanza e complessità.

Infine si evidenzia che per gli *“enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici”* non trovano applicazione, in toto, gli artt. 77 *“Commissione di aggiudicazione”* e 78 *“Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici”* di cui al Codice, in virtù della deroga contenuta nel comma 13, del richiamato art. 77.

Ciò comporta inevitabilmente che il richiamo dei suddetti articoli, disposto ad opera del comma 1 dell'art. 155, non debba trovare applicazione per i richiamati enti, indipendentemente dalla procedura da questi indetta: concorso di progettazione o procedura per l'aggiudicazione di un contratto di appalto.

Problema

Le diverse lacune normative rilevate portano ad un irrigidimento nell'uso del concorso di progettazione da parte delle stazioni appaltanti operanti nei settori speciali, perché vengono meno sia le tutele giuridiche a loro beneficio, quali ad esempio la proprietà del progetto con il pagamento del premio, sia gli strumenti volti a semplificare ed accelerare la procedura, come nel caso del concorso di progettazione in due gradi.

Senza contare la discrasia rilevata per l'istituzione della Commissione che, se venisse applicata, avrebbe luogo in due modalità distinte:

- per le procedure ordinarie, secondo gli ordinamenti interni della stazione appaltante;
- per i concorsi di progettazione e di idee, invece, attingendo direttamente dall'Albo detenuto dall'ANAC.

Proposta

Si propone di inserire:

- la parola *“primo”* dopo la previsione *“di cui agli articoli 152, commi 1, 2, 5”* del comma 1 dell'art. 141 del Codice;
- le parole *“154, commi 1, 2, 4 e 5”*, in luogo di *“154, commi 1, e 2”* del comma 1 dell'art. 141

del Codice;

- le parole *“salvo che per gli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici i quali nominano la rispettiva commissione secondo la disciplina stabilita nei propri regolamenti”* alla fine del comma 1 dell’art. 155.