

Numero \_\_\_\_/\_\_\_\_ e data \_\_/\_\_/\_\_\_\_ Spedizione



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

## **Consiglio di Stato**

**Adunanza della Commissione speciale del 27 aprile 2017**

**NUMERO AFFARE 00546/2017**

**OGGETTO:**

Ministero degli affari esteri - Ufficio Legislativo.

Direttive Generali MAECI sulla disciplina procedure di scelta del contraente e esecuzione dei contratti all'estero - art. 1, co.7, d.lgs. n.50/2016;

### **LA SEZIONE**

Vista la relazione n. 5605922017-03.22 del 22/03/2017 con la quale il Ministero degli affari esteri ufficio legislativo ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 58 del 12 aprile 2017, che ha istituito la Commissione speciale per la trattazione dell'affare in oggetto;

Considerato che nell'adunanza del 27 aprile 2017 presente anche il Presidente aggiunto Gerardo Mastrandrea, la Commissione Speciale ha esaminato gli atti e udito i relatori Consiglieri Umberto Realfonzo e Luca Lamberti;

Premesso:

Il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, con nota prot. n. 00560592017-03-22 del 22 marzo 2017, ha trasmesso a questo Consiglio, per il relativo parere, lo schema delle *“direttive generali del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale per la disciplina delle procedure di scelta del contraente e l’esecuzione dei contratti all’estero, a norma dell’articolo 1, comma 7, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50”*.

Il Ministero ha, altresì, trasmesso la relazione all’on. Ministro, la relazione sull’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e la relazione tecnico-finanziaria.

Sul testo è stato preliminarmente acquisito l’accordo dell’ANAC.

Il Parere è stato preceduto dall’audizione, all’adunanza del 27 aprile 2017, del Capo dell’Ufficio Legislativo del Ministero richiedente il parere, nel corso della quale sono state approfondite le tematiche specifiche relative all’affidamento ed all’esecuzione dei contratti all’estero.

Considerato:

#### *I - La normativa primaria*

Lo schema in oggetto, costituito da 24 articoli, raggruppati in cinque capi, dà attuazione alla previsione dell’art. 1, comma 7, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a tenore del quale *“Il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale adotta, previo accordo con l’ANAC, direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l’esecuzione del contratto da svolgersi all’estero, tenuto conto dei principi fondamentali del presente codice e delle procedure applicate dall’Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l’Italia è parte. Resta ferma l’applicazione del presente codice alle procedure di affidamento svolte in Italia. Fino all’adozione delle direttive generali di cui al presente comma, si applica l’articolo 216, comma 26”*.

La disposizione in questione assegna, dunque, al Ministero la disciplina delle

procedure di scelta del contraente “*da svolgersi all'estero*”, nonché la regolamentazione dell'esecuzione del conseguente contratto che, parimenti, debba avere luogo al di fuori dei confini nazionali.

La norma precisa che resta ferma la piena vigenza del “*codice*” per quanto attiene alle procedure di affidamento comunque svolte in Italia e delinea, altresì, la disciplina transitoria da applicarsi nelle more dell'elaborazione delle “*direttive*”.

La previsione legislativa lascia al Ministero, nella redazione delle “*direttive*”, un assai ampio margine di apprezzamento discrezionale.

Il Ministero, infatti, è vincolato a due soli doveri: dal punto di vista procedimentale deve acquisire il previo “*accordo*” dell'ANAC, dal punto di vista sostanziale deve “*tenere conto dei principi fondamentali del presente codice*”, per vero non ulteriormente specificati, nonché “*delle procedure applicate dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte*”.

In linea preliminare si deve osservare che:

- non è, di contro, determinata la forma giuridica con cui debbono essere “*adottate*” tali direttive;

- non sono indicate - in disparte il riferimento ai menzionati (e non meglio specificati) “*principi generali del codice*” - le linee generali della relativa regolamentazione;

- l'AIR appare alquanto generica e priva degli elementi quantitativi che pure sarebbero rinvenibili in materia, considerando l'impatto della presente normativa.

Ad esempio, alla Sez. I, lett. C), della scheda AIR si afferma senza altre specificazioni che: “*Il grado di raggiungimento degli obiettivi sarà misurato con gli indicatori abituali del controllo di gestione e della valutazione della performance, effettuati periodicamente ai sensi della legislazione vigente*”, senza individuare alcun elemento che possa, in concreto, fornire indicazioni sulla portata delle problematiche coinvolte. Manca, altresì, l'indicazione delle grandezze dei vari contratti affidati per le sedi estere dal MAECI per lavori, forniture e servizi concernenti Ambasciate, Residenze Capo Missione, Consolati, Biblioteche, Istituti

Italiani di Cultura, Scuole Italiane, ecc. . Analogamente, sarebbe stato molto utile descrivere, anche solo a livello di programmazione finanziaria, gli ordini di grandezza degli affidamenti dell’Agenzia. Si rinvia, infine, genericamente ad una VIR che non sembra consentire un efficace monitoraggio del funzionamento della nuova normativa, né l’individuazione di eventuali interventi correttivi.

## *II - La natura giuridica delle “direttive generali” e dell’ “accordo” dell’ANAC*

II.1. La natura giuridica delle “*direttive generali*” non è espressamente definita dal legislatore.

Questo Consiglio ritiene che si sia in presenza di un provvedimento avente valenza tipicamente normativa e, in particolare, di un regolamento.

Conducono a tale conclusione:

- la natura generale ed astratta delle relative previsioni, strutturalmente suscettibili di applicazione in un numero indefinito di casi;
- la indeterminatezza, anche *ex post*, dei relativi destinatari, qualificati solo in base alla natura di “*Sedi estere*” dell’Amministrazione ministeriale *stricto sensu* intesa e di altre Amministrazioni pubbliche;
- la capacità innovativa dell’ordinamento giuridico, posto che le “*direttive*” sono dettate in esecuzione di una precisa disposizione di rango primario al fine di colmare un vuoto normativo.

Può dunque ritenersi che, indipendentemente dal *nomen iuris*, nel caso di specie si è in presenza di un regolamento ministeriale ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, con la conseguente applicazione della disciplina prevista per tale tipologia di fonte normativa.

Tale qualificazione comporta inoltre che, una volta acquisito il preventivo parere del Consiglio di Stato, il testo definitivamente approvato dal Ministro – che non può dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo e deve essere comunicato al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della formale emanazione – dovrà essere sottoposto al visto ed alla registrazione della Corte dei

conti e pubblicato per esteso in Gazzetta ufficiale, con entrata in vigore subordinata alla prescritta *vacatio legis* di quindici giorni.

II.2. L'art. 1, comma 7, del codice dei contratti pubblici dispone che tali "*direttive generali*" siano adottate dal Ministro degli esteri "*previo accordo con l'ANAC*".

Anche tale espressione risulta atipica, nell'ambito dell'ordinario procedimento normativo.

Appare utile chiarire meglio la natura (e, conseguentemente, la disciplina) del termine "*accordo*", che altrimenti potrebbe prestarsi a dubbi interpretativi.

Da un lato, esso non sembra potersi ricondurre, giuridicamente, agli istituti dell'*intesa* o del *concerto*, poiché essi presuppongono l'interlocuzione con soggetti di natura politica quale un Ministro (o, ad esempio, la Conferenza unificata), non con un'Autorità indipendente.

Dall'altro, anche in considerazione del dato normativo, non sembra neppure potersi trattare di un semplice *parere*, ancorché obbligatorio, avente una portata meramente preparatoria, ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 16 della l. n. 241 del 1990.

Può, allora, affermarsi che la legge ha previsto un particolare meccanismo di *leale collaborazione istituzionale*, che si svolge in via continuativa tra soggetti aventi natura diversa. Secondo tale peculiare meccanismo, l'Autorità non si limita all'espressione di un parere endoprocedimentale (ai sensi del citato art. 16 della l. n. 241), ma accompagna il successivo procedimento di elaborazione del regolamento. Tale ricostruzione appare coerente anche con il ruolo centrale che il codice dei contratti attribuisce all'ANAC nella sua attuazione.

La titolarità giuridica del potere di emanare le "*direttive*" è del Ministro, che può, pertanto, procedere a mezzo di proprio decreto, come accade di regola per l'esplicazione dei poteri regolamentari ministeriali.

Anche l'iniziativa è posta in capo al Ministero, mentre l'ANAC ha la funzione di interloquire *ex post* in ordine al contenuto della disciplina approntata dall'Amministrazione ministeriale, svolgendo osservazioni e avanzando eventuali

proposte emendative nel corso del *decision making process* culminante con “*l'accordo*” nel merito. Tale meccanismo è stato effettivamente seguito nella pratica, come confermato dal rappresentante del Ministero in sede di audizione.

### *III - Osservazioni sui singoli articoli*

Il Consiglio ritiene, anzitutto, ultronea la scissione fra il decreto di approvazione delle “*direttive*” e le “*direttive*” medesime, costituenti formalmente un allegato del medesimo: pare, di contro, più logico e lineare veicolare come decreto le stesse direttive, senza l'inutile diaframma di un separato atto recante la relativa adozione.

Per tale ragione è superfluo l'articolo unico del decreto, il cui comma 3, peraltro, laddove afferma che del decreto “*è data notizia*” nella Gazzetta ufficiale, si pone in contrasto con la natura regolamentare delle direttive, soggette alla ordinaria pubblicazione degli atti normativi e non a una mera pubblicità - notizia.

In ordine alle specifiche disposizioni, si formulano le sintetiche osservazioni che seguono, elaborate anche alla luce dei chiarimenti acquisiti nel corso dell'audizione del Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero richiedente, avvenuta presso questo Consiglio all'adunanza del 27 aprile 2017.

#### *Articolo 2*

Ai sensi dell'art. 2, le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione dei conseguenti contratti sono sottoposte alle direttive europee, “*fatto salvo quanto previsto dalla presente direttiva*”.

La scelta di sottoporre tutte le procedure di affidamento e tutti i contratti da eseguire all'estero ad un'omogenea disciplina si profila ragionevole ed opportuna, per evidenti ragioni di semplicità e armonia operativa; per analoghe ragioni, è condivisibile la scelta di non distinguere, *in subiecta materia*, fra spazio giuridico “UE” e spazio giuridico “extra-UE”.

È, tuttavia, necessario sostituire, al ristretto novero dei soli “*principi fondamentali*” del codice individuato al comma 2, un richiamo per così dire ‘aperto’ a tutti i

“*principi*” recati dall’art. 30 del codice, giacché i contratti conclusi all’estero non sono in radice esclusi dalla disciplina codicistica e, dunque, sono soggetti al più ampio ambito di principi dell’art. 30 e non solo a quelli dettati dall’art. 4 del medesimo codice per i “contratti esclusi”.

L’art. 2, comma 3 impone il rispetto della disciplina locale “*in materia ambientale, urbanistica, di tutela dei beni culturali e paesaggistici, artistici ed archeologici, in materia antisismica e di sicurezza*”.

Questo Consiglio di Stato rileva che il rispetto della disciplina locale non può consentire, in materie “sensibili” come quelle enucleate nel comma in parola, l’obliterazione degli standard nazionali ed europei, se più stringenti e rigorosi di quelli vigenti nel Paese di esecuzione del contratto e sempre che il loro rispetto sia in concreto perseguibile (per analogia problematica v. art. 356, comma 2, d.lgs. n. 66/2010 in relazione agli standard di tutela ambientale nel corso di operazioni militari all’estero).

Si suggerisce, allora, di introdurre al comma 3, dopo le parole: “*I lavori all’estero si conformano*” la parola “*anche*”, o in alternativa di riformulare il comma 3 come segue: “*I contratti all’estero si conformano alla normativa in materia urbanistica, di tutela dei beni culturali e paesaggistici, artistici e archeologici, in materia antisismica, del Paese in cui deve essere eseguito il contratto. Si conformano inoltre alle disposizioni in materia di tutela ambientale e della salute e in materia di sicurezza imposte dal diritto nazionale ed europeo, anche in caso di contratti che si eseguono in Paesi che non fanno parte dell’Unione europea, in tal caso nei limiti di compatibilità e nel rispetto di quanto disposto dalla normativa locale*”.

### Articolo 3

All’art. 3 l’attribuzione a tutte indistintamente le “*Sedi estere*” della qualità di stazione appaltante, pur rispondendo ad oggettive esigenze pratico-operative (si pensi agli Stati ad ordinamento federale), potrebbe causare disfunzioni e maggiori spese.

Il Ministero potrebbe, quindi, valutare di potenziare ruolo e funzioni dei centri interservizi amministrativi di cui al comma 2, in particolare incentivandone o, *a fortiori*, prescrivendone la costituzione almeno per le Missioni con maggiore provvista di personale ed attribuendo alla relativa competenza non solo “*le tipologie di contratti*” specificamente indicate con futuri decreti, ma anche tutte le procedure di gara di ammontare comunque superiore ad una soglia prestabilita.

Inoltre, appare utile suggerire al Ministero di promuovere in sede attuativa – se del caso, inizialmente, anche solo in via sperimentale – l’attribuzione della funzione di centrale di committenza alle Sedi estere con maggiore provvista di personale specializzato (allo stato contemplata dal comma 1 come mera facoltà del Ministero), affinché possano curare le procedure di gara relative anche a Paesi formalmente estranei all’ambito territoriale di competenza, ma comunque connotati da affinità sociale, economica, culturale, giuridica e politica rispetto al Paese di accreditamento: una simile *best practice* di concentrazione consentirebbe economie di scala e risparmio di energie amministrative e, nel contempo, solleverebbe le Missioni più piccole dai connessi incombeni gestionali.

#### *Articolo 4*

In merito alla figura del RUP, disciplinata dall’art. 4, deve essere specificato:

- al comma 2, che la nomina a RUP del personale di cui all’art. 11, comma 1, lett. c), del d.m. 22 luglio 2015, n. 113 è subordinata all’effettiva e comprovata indisponibilità *in loco* di personale di ruolo di Amministrazioni pubbliche;
- ai commi 3 e 7, che il conferimento di incarichi a personale locale deve comunque essere corredato da idonee garanzie circa la loro estraneità effettiva ai partecipanti alla gara.

Si valuti inoltre di prevedere la competenza residuale del RUP per i compiti non espressamente attribuiti ad altri organi, ferma restando la regola del comma 8 in ordine alla competenza ad adottare gli atti a rilevanza esterna.

Al comma 6 occorre sostituire le parole “*nell’atto di cui all’articolo 31, comma 5*”



con le parole “*nelle linee guida di cui all’articolo 31, comma 5*” al fine di adeguare le direttive al decreto legislativo correttivo del codice, che nell’art. 31, comma 5, ha sostituito la parola “atto” con “*linee guida*”.

### *Articolo 6*

L’art. 6 delinea una “*specificca clausola che consente il recesso per ragioni di politica estera*” per “*i contratti di sponsorizzazione, le convenzioni per la realizzazione all’estero di opere pubbliche a spese di privati e le forme di partenariato pubblico-privato di cui alla Parte IV del codice*”.

L’inserimento nei contratti *de quibus* della clausola in parola, rispondente a fondamentali ed evidenti interessi nazionali, deve essere indicato in maniera espressa dalle “*direttive*” come doveroso ed inderogabile; deve essere, inoltre, precisato che, ove il contraente estero non accetti l’inserimento di tale clausola, il contratto non può essere concluso.

In particolare, la clausola deve poter consentire all’Amministrazione di esercitare il recesso in questione in qualunque momento, a semplice richiesta e senza condizioni o limitazioni di sorta (ossia *ad nutum*), a titolo gratuito e salvo il diritto alla restituzione di eventuali anticipazioni del prezzo operate in precedenza.

Il Ministero può provvedere, per ragioni di omogeneità e semplicità operativa, alla redazione di una clausola *standard*, eventualmente da veicolarsi attraverso le “*direttive*” in esame tramite l’aggiunta di un ulteriore comma all’articolo in commento.

### *Articolo 7, commi 2 e 3*

Nell’art. 7, relativo alle procedure di affidamento, va anzitutto chiarito se si intende richiamare solo la direttiva 2014/24/UE, come si fa, a proposito delle soglie, nel comma 2, lett. b), o tutte e tre le direttive, come si fa nel comma 3.

La questione è rilevante perché le “soglie” europee di importo sono diverse nelle tre direttive.

Inoltre sul piano formale, nel comma 2, lett. b) la parola “*all’articolo*” va sostituita

con “*agli articoli*”.

Nel comma 2, lett. d), le parole “*di importo superiore*” vanno sostituite con le parole “*di importo pari o superiore*”.

Andrebbe poi chiarito perché nella lett. d) si menzionano solo le procedure aperte e non anche quelle ristrette, che secondo le direttive europee sono procedure ordinarie, che dunque andrebbero incluse.

Inoltre, mentre ai sensi dell’art. 36, comma 2, del codice le procedure semplificate sotto-soglia sono una facoltà e non un obbligo – essendo sempre salva la possibilità per la stazione appaltante di adottare le procedure ordinarie – nell’art. 7, comma 2, dello schema le procedure semplificate sembrano prescritte in via obbligatoria, senza necessità di alcuna motivazione per la deroga alle procedure ordinarie. Invece, l’opzione per la procedura ordinaria (aperta o ristretta) dovrebbe essere sempre consentita.

Infine, si prevede che la stazione appaltante può sempre utilizzare procedure diverse da quelle suddette, nel rispetto dei presupposti delle direttive europee e con adeguata motivazione. Ma tale facoltà con onere di motivazione può giustificarsi per la deroga alle procedure aperte e ristrette, non già per le procedure dirette e negoziate.

Si suggerisce, perciò, di riformulare i commi 2 e 3 come segue:

“*2. Le stazioni appaltanti possono utilizzare le seguenti procedure semplificate:*

- a) affidamento diretto per contratti di importo inferiore a 40.000 euro;*
- b) procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per contratti di forniture o servizi di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore alle soglie previste dalle direttive europee;*
- c) procedura negoziata senza previa pubblicazione per contratti di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a un milione di euro.*

*3. Le stazioni appaltanti utilizzano la procedura ordinaria aperta o ristretta per contratti di importo pari o superiore alle soglie previste dalle direttive europee nei*

*casi di cui alla lett. b) e ad un milione di euro nei casi di cui alla lett. c) del comma 2. La procedura ordinaria può, altresì, essere utilizzata per contratti di importo inferiore alle soglie di cui al precedente periodo. Nell'ambito delle procedure di selezione del contraente previste dalle direttive europee e nel rispetto dei presupposti ivi previsti, la stazione appaltante può scegliere una procedura diversa da quelle di cui al primo periodo del presente comma. Di tale scelta è fornita motivazione nel primo atto della procedura per l'affidamento del contratto o in atto separato.”.*

Quanto agli oneri pubblicitari, il comma 4 stabilisce che tutti gli avvisi e i bandi sono pubblicati sul sito della Sede estera o sul sito della Sede centrale della stazione appaltante: ciò appare insufficiente per le procedure di importo pari o superiore alle soglie previste dalle direttive europee che si svolgono in Paesi UE, per le quali andrebbe prevista anche la pubblicità in GUUE.

Inoltre, la pubblicazione sul sito della Sede estera e sul sito della Sede centrale andrebbe prevista non come alternativa ma come cumulativa. Ove, invece, si volesse mantenere l'attuale alternatività, andrebbe fissato un criterio – ad esempio, in ragione dell'importo – lasciando la pubblicità solo sul sito della Sede estera esclusivamente per importi minori, oppure quando la pubblicità sul sito della Sede estera non è, per ragioni locali, possibile.

Quanto alla lingua da utilizzare, il comma 5 prevede che *“la documentazione di gara è, di regola, redatta nella lingua ufficiale o in quella veicolare in uso nel luogo dove è avviata la procedura di selezione del contraente”*. L'espressione *“di regola”* è poco chiara e, inoltre, non è specificato quando si debba preferire alla lingua ufficiale del Paese la *“lingua veicolare in uso nel luogo dove è avviata la procedura”*. In ogni caso, andrebbe previsto anche l'uso della lingua italiana, quando è prevedibile l'interesse a partecipare alla procedura di operatori economici italiani.

*Articolo 7, comma 6*

In linea di principio ci si deve chiedere se, e in quali termini, la disciplina del CIG (Codice identificativo di gara) fornito dall'ANAC sia applicabile ai contratti eseguiti all'estero da operatori esteri.

Al riguardo si deve innanzitutto osservare che la legge 13 agosto 2010, n. 136, non contiene alcuna specifica regolamentazione, né alcun riferimento ai contratti da eseguirsi all'estero.

In base alle regole generali, il codice CIG non deve essere richiesto per la micro-contrattualistica (contratti di lavori di importo inferiore a €40.000, ovvero contratti di servizi e forniture di importo inferiore a €40.000) e per i “contratti esclusi in tutto o in parte dell'applicazione del codice”, con questo intendendosi esclusivamente le tipologie negoziali espressamente contemplate dal codice medesimo.

Peraltro, l'ANAC ha ammesso in via interpretativa (sia pure nei soli limiti della tracciabilità) alcune forme di attenuazione dell'applicazione della normativa (ad es.: utilizzo di carte carburante - vedi determinazione n. 4/2011 par. 7.3; contratti di mutuo - vedi determinazione n. 4/2011 par. 4.1; pagamenti di utenze da parte della pubblica amministrazione - vedi Faq A44).

Occorre, dunque, valutare se possono prefigurarsi ostacoli alla applicazione della normativa *de quo* all'estero.

Non sembrano esservi dubbi sulla sussistenza degli obblighi delle Sedi estere:

- di ottenere il CIG, quando è richiesto in via ordinaria, al fine di effettuare le comunicazioni all'Osservatorio dei contratti e delle informazioni necessarie a consentire comunque l'identificazione univoca delle gare, dei loro lotti e dei contratti;
- di richiedere un conto corrente bancario dedicato unicamente a tracciare le movimentazioni finanziarie degli affidamenti di lavori, servizi o forniture, indipendentemente dalla procedura di scelta del contraente adottata, e dall'importo dell'affidamento stesso.

Maggiori perplessità sorgono con riguardo al pagamento del contributo a carico

delle imprese straniere connesso con il sistema di finanziamento di cui all'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, richiamato dall'art. 213, comma 12, del codice.

In molte realtà estere, anche per ragioni culturali, potrebbe essere difficile imporre alle imprese straniere adempimenti ritenuti – in quel contesto – troppo onerosi o antieconomici, che potrebbero portare a un rifiuto di aderire al contratto.

Valuti l'Amministrazione l'opportunità e la sede più idonea per inserire una auspicabile disposizione che, al di là della micro-contrattualità, individui, in linea generale, i casi nei quali il RUP, una volta acquisito il CIG, possa essere esentato dal richiedere ai partecipanti ed i contraenti il pagamento del contributo.

### *Articolo 8*

Deve essere assicurata la coerenza tra la rubrica e il testo antepoendo, all'inizio del comma 1, le parole *“Ai fini della determinazione delle soglie”*.

Nella rubrica, le parole *“degli appalti”* devono essere sostituite con le parole *“dei contratti”* atteso che la disposizione non riguarda solo gli appalti.

### *Articolo 9*

L'art. 9 disciplina:

- i soggetti ammessi alle gare;
- i requisiti generali;
- i requisiti di qualificazione.

Per quanto riguarda i requisiti speciali di qualificazione, la disciplina dello schema appare meritevole di chiarimento.

Da un lato vi è, nell'art. 2, un richiamo generale delle direttive europee, salvo quanto previsto nelle *“direttive generali”* in esame: da ciò si dovrebbe dedurre che si applicano i criteri di selezione previsti dalle norme europee in tema di abilitazione professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale (v. ad es. art. 58 direttiva 2014/24).

Dall'altro lato, però, viene dettata una disposizione secondo cui *“i requisiti degli operatori economici sono determinati sulla base delle previsioni, dove esistenti, dell'ordinamento locale”* (art. 9, comma 2, d.m.).

Ora, non è anzitutto chiaro se i requisiti ivi menzionati siano solo quelli speciali di qualificazione, come sembrerebbe, visto che i requisiti generali sono poi regolati dal successivo comma 3, che richiama l'art. 80 codice.

Ma, soprattutto, non è fornita alcuna indicazione per l'ipotesi in cui non vi siano previsioni in proposito nell'ordinamento locale.

E ancora, le previsioni dell'ordinamento locale possono essere insufficienti ad assicurare la qualificazione appropriata degli operatori.

Andrebbe perciò fissata una regola autonoma che consenta alle sedi estere di fissare requisiti di qualificazione proporzionati e pertinenti al contratto in vista dell'obiettivo di una regolare esecuzione, salvo poi rinviare all'ordinamento locale quanto alla documentazione probatoria dei requisiti.

#### *Articolo 10*

All'art. 10, comma 3, deve essere precisato che *“i casi di somma urgenza”* sono quelli *“previsti dall'articolo 163”* e non quelli *“analoghi a quelli previsti dall'articolo 163”*, espressione giuridicamente ambigua e suscettibile di creare disfunzioni.

Sempre nel comma 3 è stabilito che la scelta di una procedura derogatoria ivi prevista possa essere motivata *“anche con un successivo provvedimento separato”*.

La motivazione, tuttavia, deve essere di regola contestuale alla scelta: la motivazione postuma, infatti, non è prevista nemmeno dagli artt. 63, 125 e 163 del codice.

La relazione illustrativa chiarisce che la motivazione postuma è prevista in considerazione delle *“non rare circostanze in cui si trovano ad operare le sedi estere in paesi dove si verificano instabilità politica, guerre e disastri nazionali”*.

Se questa è l'esigenza, la motivazione postuma deve essere prevista non come

facoltà generale nei casi di urgenza, ma solo nei casi in cui risulti impossibile o estremamente difficile, per cause non dipendenti dalla stazione appaltante, la motivazione contestuale.

In tal senso la previsione va riformulata.

### *Articolo 12*

Non è chiaro perché la commissione di gara possa essere nominata solo per i contratti di lavori di importo superiore a 1 milione di euro ovvero di servizi e forniture di rilevanza europea, aggiudicati con il criterio dell'OEPV. Infatti, secondo il precedente art. 11, anche i contratti dell'art. 7, comma 2, lett. b) e c) potrebbero essere aggiudicati con il criterio dell'OEPV e in tal caso potrebbe rendersi necessaria una commissione di gara. Perciò potrebbero essere espunte, dall'art. 12, comma 1, le parole “*di cui all'articolo 7, comma 2, lettera d)*”.

Inoltre:

- al comma 1, deve essere indicato anche il numero massimo dei componenti della commissione giudicatrice in coerenza con il codice;
- al comma 2, vanno inseriti dei criteri di scelta, volti ad assicurare che l'eventuale componente locale della commissione sia effettivamente imparziale e competente nel settore cui afferisce il contratto;
- sempre al comma 2, vanno indicati i requisiti di professionalità e imparzialità del presidente della commissione di gara.

Nel comma 3 non è chiara l'espressione “*il titolare della stazione appaltante*”.

### *Articolo 15*

Nell'art. 15 non è sempre chiara la differenza tra garanzia dell'offerta e garanzia dell'esecuzione, né è chiaro quali sono i rischi coperti dalla garanzia dell'offerta.

Si suggeriscono le seguenti modifiche.

Nel comma 1, sostituire le parole “*I Contratti di importo superiore*” con le parole “*L'esecuzione dei contratti di importo pari o superiore*”, e sostituire le parole “*sono garantiti*” con “*è garantita*”.

Nel comma 2, lett. a), sostituire le parole “*per la stipula*” con “*per l’esecuzione*”.

Nel comma 3, sostituire “*dell’appaltatore*” con “*dell’aggiudicatario*”.

Nel comma 4, sostituire le parole “*la garanzia*” con le parole “*la garanzia di esecuzione*” e sostituire le parole “*all’appaltatore o all’offerente*” con le parole “*all’esecutore*”. Aggiungere inoltre alla fine del comma 4 il seguente periodo: “*La garanzia dell’offerta di cui al comma 2, lett. b), è escussa in caso di mancata stipulazione del contratto per fatto imputabile all’aggiudicatario*”.

### *Articolo 16*

All’art. 16, comma 1, secondo periodo, la possibilità di disporre anticipazioni del prezzo superiori al 20% dell’importo del contratto può essere consentita soltanto in caso di documentata presenza di disposizioni inderogabili della legge locale.

Laddove, invece, tale deroga risponda soltanto a mere “*prassi locali*”, esse deve essere altresì subordinata, alternativamente:

- alla dimostrazione dell’impossibilità altrimenti di ottenere la prestazione;
- alla ricorrenza di altre concrete, oggettive e comprovate ragioni, che debbono essere specificamente indicate da parte del personale responsabile.

Andrebbe, inoltre, chiarito a partire da quale momento è possibile erogare l’anticipazione, che nell’ordinamento nazionale è consentita solo dopo la stipulazione del contratto.

### *Articolo 17*

L’art. 17 prevede che le cause di risoluzione previste dall’art. 73 della direttiva 2014/24/UE sono inserite nei documenti contrattuali come clausole risolutive espresse.

Si evidenzia che l’art. 73 della direttiva citata riguarda solo cause di “risoluzione” per gravi vizi genetici dell’aggiudicazione e non anche per inadempimenti contrattuali.

Si raccomanda, pertanto, di prevedere l’inserimento di specifiche clausole risolutive



espresse anche per gravi inadempimenti contrattuali.

### *Articolo 18*

Facendo seguito a quanto osservato in relazione all'art. 7, comma 6, dello schema in esame:

- da un lato, l'obbligo di inserimento di cui al comma 2 dovrebbe essere limitato ai soli "... casi in cui è espressamente previsto";
- dall'altro, si deve accompagnare l'obbligo di indicazione del CIG alla contestuale individuazione nel contratto anche del conto corrente bancario dedicato, sul quale il committente deve effettuare i pagamenti.

### *Articolo 19*

Nell'art. 19 viene disciplinata solo l'esecuzione dei lavori, sicché sembra desumersene che per l'esecuzione di servizi e forniture i compiti di direzione dell'esecuzione spettano al RUP. È auspicabile un chiarimento.

### *Articolo 20*

In precedenti pareri (da ultimo n. 782/2017) questo Consiglio di Stato ha espresso l'auspicio di una semplificazione del linguaggio normativo, con l'adozione dell'unica dizione di "collaudo" sia per lavori, che per servizi e forniture, superando l'attuale dicotomia terminologica tra "*collaudo*" e "*verifica di conformità*" (v. art. 102 codice).

Nel prendere atto che tali osservazioni non sono state sinora recepite, si rileva che il presente schema utilizza una ulteriore, terza espressione "*verifica di regolare esecuzione*".

Si chiede di sostituirla con le espressioni utilizzate dal codice.

Qualche dubbio si pone in relazione alla circostanza che il collaudo è affidato sempre a un organo monocratico anziché collegiale. Quanto meno per i contratti di maggiore importanza andrebbe previsto un organo collegiale.

Si chiede inoltre di prevedere un termine massimo per la conclusione delle

operazioni di collaudo, in ossequio al principio fondamentale di tempestività dell'azione amministrativa.

#### *Articolo 21, commi 1-3*

Nell'art. 21 si deve senz'altro apprezzare, sotto il profilo della certezza del diritto e dell'efficacia delle procedure, la sottoposizione degli affidamenti all'esterno della UE al combinato disposto del riferimento alla "*Practical Guide*" (commi 1 e 2) e dei richiami, di cui al comma 3, a altri articoli dello schema in oggetto.

Tuttavia, andrebbe meglio specificato che tali disposizioni sono applicabili esclusivamente quando concernono procedure che non sono riservate alle sole imprese italiane o europee: difatti, in caso di partecipazione riservata, si dovrebbero applicare le norme comunitarie, al fine di evitarne possibili elusioni.

#### *Articolo 21, comma 4*

Il comma 4 dell'art. 21 disciplina "*le attività realizzate dall'AICS mediante la concessione di contributi o l'affidamento di iniziative ai soggetti*" – privati che agiscono senza fini di lucro – "*iscritti nell'elenco di cui all'articolo 26 della legge 11 agosto 2014, n. 125*".

Tali attività, secondo il medesimo comma 4, restano disciplinate dagli artt. 18 e 19 dello Statuto dell'AICS, approvato con il d.m. 22 luglio 2015, n. 113.

Per quanto concerne la concessione di contributi finanziari, si ritiene che anche alle iniziative dell'Agenzia di cui agli artt. 18 e 19 del citato d.m. n.113/2015, è direttamente applicabile l'art. 1, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016 (sulla scia dell'articolo 13 della direttiva 2014/24/UE), in base al quale anche i soggetti privati applicano le norme comunitarie in caso di lavori sovvenzionati in misura superiore al 50% da parte di amministrazioni aggiudicatrici, il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a €5.186 000 EUR, nei casi:

a) in cui comportano:

- i) attività che riguardano i lavori di genio civile;
- ii) lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo

libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a scopi amministrativi;

b) di appalti di servizi sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 % il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a 207 000 EUR, allorché tali appalti sono connessi a un appalto di lavori di cui alla lettera a).

In sostanza per evidenti ragioni di coerenza di sistema, appare opportuno richiamare espressamente l'obbligo dell'Agenzia di garantire il rispetto di tale disposizione comunitaria qualora le sovvenzioni dei suddetti interventi raggiungano le soglie considerate.

#### *Ulteriori considerazioni sull'art. 21*

Dalla disamina dei quattro commi dell'art. 21 si evince che manca, nello schema in esame, una disciplina, sia pure solo per principi, delle attività che l'AICS affida a soggetti con finalità di lucro, ai sensi dell'art. 16 del citato Statuto di cui al d.m. n. 113/2015.

In particolare, l'art. 16 del d.m. n. 113/2015 prevede che l'Agenzia può affidare a soggetti privati con finalità di lucro la realizzazione di interventi di cooperazione allo sviluppo e contribuire ad iniziative di cooperazione allo sviluppo promosse dai medesimi soggetti, nel rispetto delle finalità della legge medesima.

L'Agenzia promuove forme innovative di partenariato, volte al più ampio coinvolgimento delle imprese, in particolare di quelle piccole e medie, nonché al sostegno e alla crescita del settore privato nei Paesi *partner*.

Aggiunge l'art. 16 in commento che le attività si conformano in ogni caso ai principi e alle finalità della legge istitutiva, agli standard internazionali in materia di diritti umani, di lavoro dignitoso, di responsabilità sociale e di tutela ambientale, alle norme in materia di contratti pubblici e, in particolare, al codice dei contratti pubblici, nonché al codice di comportamento di cui all'articolo 20 dello Statuto, fatte salve le competenze del Comitato congiunto.

Questo Consiglio ben comprende che tale profilo concerne un aspetto qualificante della riforma della cooperazione allo sviluppo, ma proprio per questo si deve

sottolineare la necessità che le norme contenute nello statuto dell'AICS vengano coordinate con il sopravvenuto codice dei contratti pubblici e con le presenti “direttive”.

A parte la indeterminatezza della nozione di “iniziative”, il comma 3 del ricordato art. 16 dello Statuto dell'AICS richiama una serie di principi di carattere estremamente ampio, per cui tali attività si devono cumulativamente conformare, in ogni caso:

- ai principi e alle finalità della legge istitutiva;
- agli standard internazionali in materia di diritti umani, di lavoro dignitoso, di responsabilità sociale e di tutela ambientale,
- alle norme in materia di contratti pubblici e, in particolare, al codice dei contratti pubblici,
- nonché al codice di comportamento di cui all'articolo 20, fatte salve le competenze del Comitato congiunto.

Il riferimento al codice dei contratti è, in linea di principio, corretto, anche se da un lato appare troppo generico e dall'altro potrebbe condurre a interpretazioni particolarmente rigorose.

Non può ignorarsi che rinvii generici possono dar luogo ad applicazioni incongrue delle norme del codice.

Anche al fine di evitare l'imposizione di vincoli procedurali eccessivi sarebbe dunque opportuna una maggiore chiarificazione:

- sulle tipologie procedurali esperibili (finanziamento, contratti, concessioni, *project financing*, partenariato pubblico-privato, ecc.);
- sulle relative discipline applicabili, che tenga conto delle esigenze connesse con la realizzazione all'estero di tali iniziative;
- sulle eventuali necessarie differenziazioni tra le procedure promosse dall'amministrazione e quelle nelle quali l'iniziativa appartenga ai soggetti privati (anche con riguardo al caso – non infrequente – in cui questi propongano un

intervento chiedendo il sostegno economico pubblico).

### *Articolo 22*

Quanto all'art. 22, si ravvisa l'opportunità di specificare un nucleo irrinunciabile di "*principi generali della normativa italiana*" che debbono sempre essere inseriti negli "*accordi o intese stipulati con il Paese partner*".

In particolare, si ritiene che, nella formulazione di siffatti "*accordi o intese*", debbano essere sempre richiamati i "*principi generali della normativa italiana*" almeno in relazione alla disciplina, controllo e rendicontazione della spesa (quali, ad esempio, i principi riguardanti il criterio del pagamento in base ai SAL, la tracciabilità dei flussi finanziari, le modalità del collaudo cui sia contrattualmente subordinato il pagamento del corrispettivo, *et similia*).

Inoltre, si suggerisce di specificare che, ove il Paese *partner* rifiuti di inserire tali principi nell'accordo, questo non possa essere concluso e, specularmente, che l'eventuale stipulazione di un accordo che non preveda clausole conformi a siffatti principi inderogabili della normativa italiana determina la responsabilità ad ogni effetto di legge (*in primis*, disciplinare ed erariale) del personale che ha condotto le trattative e concluso l'accordo, ferma restando la validità e vincolatività del medesimo sul piano del diritto internazionale.

Infine, tenendo conto che le certificazioni delle attività eseguite e degli stati di avanzamento dei lavori implicano spesso tempi notevolmente lunghi di contabilizzazione, trasmissione, e approvazione delle prestazioni eseguite, onde evitare possibili pesanti ricadute in termini di richieste di interessi e rivalutazione si suggerisce di valutare se non sia forse opportuno inserire un più ampio lasso temporale per il relativo adempimento prevedendo, ad esempio, che i termini procedurali ordinari sono aumentati di 30 gg. per i contratti eseguiti in Europa e di 90 gg. per contratti la cui prestazione è effettuata in paesi extra UE (secondo un paradigma logico analogo a quello contenuto nel comma 5 dell'art. 41 del d.lgs.N.104/2010 per le notifiche all'estero).

*Articolo 24*

All'art. 24 è opportuno precisare che il “*titolare dell'ufficio*” cui è consentito “*individuare le disposizioni delle presenti direttive incompatibili con l'ordinamento e le situazioni locali*” e, conseguentemente, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. 15 dicembre 2006, n. 307, “*autorizzare ... l'applicazione della normativa vigente nei Paesi di accreditamento*”, è sempre, quale che sia la stazione appaltante, il Capo della Missione accreditata nel Paese in cui il contratto deve essere affidato ed eseguito: la delicatezza della scelta, afferente anche a valutazioni di carattere *lato sensu* politico, impone di allocare la relativa competenza al massimo livello decisionale locale.

È, inoltre, necessaria una descrizione, quanto meno esemplificativa o di massima, delle “*situazioni locali*” che consentono la deroga alla normativa italiana, al fine di evitare possibili arbitri, incertezze operative e, comunque, un eccessivo carico di responsabilità per il Capo della Missione.

P.Q.M.

nelle esposte considerazioni è il parere favorevole con osservazioni del Consiglio di Stato.

GLI ESTENSORI

Umberto Realfonzo, Luca Lamberti

IL PRESIDENTE

Luigi Carbone

IL SEGRETARIO

Cinzia Giglio