

Proposte di modifica al Codice dei Contratti pubblici

A. GOVERNANCE. PROPOSTE SULLA CABINA DI REGIA

1. Proposte di emendamento dell'art. 212 (Indirizzo e coordinamento)

- comma 1, lett. c), inserire , prima della parola “*esaminare*”, la frase “*formulare proposte di modifiche normative nella materia disciplinata dal presente codice ed*”

- comma 1, aggiungere, dopo la lettera c), le seguenti lettere:

c 1) definire modalità e metodi mirati di stima, preventiva e successiva, dell'impatto degli interventi regolatori in materia di contrattazione pubblica, speciali e prevalenti su quelli generali, previsti dalla disciplina in tema di AIR, VIR, ATN, nonché sollecitare, raccogliere e valutare i rapporti e le verifiche, in funzione dell'esercizio dei compiti istruttori, propositivi e deliberativi di cui al presente articolo;

c 2) emanare - nei modi e secondo le procedure stabilite da apposito regolamento, atte a garantire il concerto e la partecipazione degli attori istituzionali nonché il confronto con i titolari di interessi - delibere, anche vincolanti, di indirizzo e coordinamento degli interventi regolatori e delle politiche di attuazione del codice;

- comma 1, aggiungere, dopo la lettera g), la seguente lettera:

h) promuovere e sviluppare i tempi e gli strumenti di raccordo necessari all'elaborazione di una direzione strategica degli appalti di servizi;

- comma 5, dopo le parole “*Cabina di regia*” aggiungere l'inciso “*è presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri*”

- comma 5, sostituire l'espressione “*da adottare*”, con “*adottato*”

MOTIVAZIONE

Le proposte di emendamento al comma 1 prefigurano un rafforzamento delle competenze valutative, istruttorie, propositive e decisionali della Cabina di regia, quale soggetto da preporre alla cura e alla verifica della funzionalità complessiva del sistema delle regole. Le proposte di modifica del comma 5 suggeriscono una parziale revisione della composizione della cabina, atta ad accordare un'investitura politica coerente al ruolo, di composizione degli interessi e delle strategie.

Art. 212. (Indirizzo e coordinamento) - Testo integrato

1. E' istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri una Cabina di regia con il compito di:

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;

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;

c) **formulare proposte di modifiche normative nella materia disciplinata dal presente codice ed 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;**

c 1) definire modalità e metodi mirati di stima, preventiva e successiva, dell'impatto degli interventi regolatori in materia di contrattazione pubblica, speciali e prevalenti su quelli generali, previsti dalla disciplina in tema di AIR, VIR, ATN, nonché sollecitare, raccogliere e valutare i rapporti e le verifiche, in funzione dell'esercizio dei compiti istruttori, propositivi e deliberativi di cui al presente articolo;

c 2) emanare - nei modi e secondo le procedure stabilite da apposito regolamento, atte a garantire il concerto e la partecipazione degli attori istituzionali nonché il confronto con i titolari di interessi - delibere, anche vincolanti, di indirizzo e coordinamento degli interventi regolatori e delle politiche di attuazione del codice;

f) 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;

g) promuovere accordi, protocolli di intesa, convenzioni, anche con associazioni private per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche;

h) promuovere e sviluppare i tempi e gli strumenti di raccordo necessari all'elaborazione di una direzione strategica degli appalti di servizi;

2. La Cabina di regia segnala, sulla base delle informazioni ricevute, eventuali specifiche violazioni o problemi sistemici all'ANAC per gli interventi di competenza.

3. Entro il 18 aprile 2017 e successivamente ogni tre anni, la Cabina di regia, anche avvalendosi di ANAC, presenta alla Commissione una relazione di controllo contenente, se del caso, informazioni sulle cause più frequenti di non corretta applicazione o di incertezza giuridica, compresi possibili problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, sul livello di partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici e sulla prevenzione, l'accertamento e l'adeguata segnalazione di casi di frode, corruzione, conflitto di interessi e altre irregolarità gravi in materia di appalti e di concessioni.

4. La Cabina di regia è la struttura nazionale di riferimento per la cooperazione con la Commissione europea per quanto riguarda l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni, e per l'adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati

membri, onde assicurare lo scambio di informazioni sull'applicazione delle norme contenute nel presente codice e sulla gestione delle relative procedure.

5. La composizione e il funzionamento della Cabina di regia, **presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri** sono stabiliti con DPCM, adottato di concerto con il Ministro delle infrastrutture e trasporti, sentita l'ANAC e la Conferenza unificata.

2. Proposta di emendamento all'art. 213 del codice - ANAC

- al comma 2, dopo la frase *"si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento"* è aggiunto l'inciso *"e nel rispetto dei criteri fissati dalla cabina di regia, ai sensi dell'art. 212,"*.

MOTIVAZIONE

L'emendamento introduce un raccordo con le proposte di modifica dell'art. 212.

- dopo il comma 2 è introdotto il seguente comma 2 bis:

"Le linee guida vincolanti, che hanno un espresso contenuto precettivo, sono espressamente identificate come tali e sono adottate secondo la procedura da definirsi con apposito DPCM, che si farà carico di specificare le modalità applicative alle linee guida già emesse. In assenza delle condizioni indicate, le linee guida si assumono non vincolanti. Lo scostamento motivato dalle linee guida non può di per se stesso concretare il presupposto della colpa grave".

MOTIVAZIONE

L'emendamento si prefigge di moderare l'ambiguità del discrimine tra linee guida vincolanti e linee guida non vincolanti, tramite criteri di identificazione espliciti e procedurali e definendone anche il contenuto precettivo, per maggiore certezza. L'ultimo periodo del comma è in linea con le affermazioni del Consiglio di Stato che consentono la deroga anche dalle linee guida vincolanti e non, purché sia motivato e, in tal caso si introduce il principio fondamentale che detto scostamento motivato non concreta una colpa grave.

Art. 213 - Testo integrato

1. La vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal presente codice, all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 19 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione.

2. L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento **e nel rispetto dei criteri fissati dalla cabina di regia, ai sensi dell'art. 212**, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di

introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice.

2.bis Le linee guida vincolanti, che hanno un espresso contenuto precettivo, sono espressamente identificate come tali e sono adottate secondo la procedura da definirsi con apposito DPCM, che si farà carico di specificare le modalità applicative alle linee guida già emesse. In assenza delle condizioni indicate, le linee guida si assumono non vincolanti. Lo scostamento motivato dalle linee guida non può di per se stesso concretare il presupposto della colpa grave.

3. Proposta sulla *Governance* dei servizi.

Dopo l'art. 214, introdurre l'articolo: **214 –bis *Governance* dei Servizi**

- 1. Il CIPE elabora specifiche politiche in materia di servizi e forniture, predisponendo un piano nazionale dei servizi strategici per il Paese, ad alto contenuto di innovazione e di investimento in tecnologia, anche attraverso consultazioni periodiche degli operatori economici.**
- 2. Il piano nazionale dei servizi deve indicare anche le modalità di attuazione delle previsioni ivi contenute, e include l'attuazione di progetti specifici, anche attraverso affidamento degli stessi a centrali di committenza.**

MOTIVAZIONE

I contratti pubblici di servizi, pur costituendo la parte preponderante dei contratti pubblici, superando i contratti di lavori in termini di numero di procedure e volume di affidamenti (circa 59,4 miliardi di euro per i servizi a fronte di 23,1 miliardi per i lavori¹), non hanno sinora ricevuto un'attenzione adeguata, sia sul piano normativo, in quanto il Codice dei contratti pubblici è scritto “pensando” agli appalti/concessioni di lavori, sia sul piano delle politiche pubbliche. Eppure l'industria dei servizi ha una rilevanza strategica per l'economia nazionale, per lo sviluppo del Paese, sia perché in grado di portare innovazione e qualità, sia per l'entità e il numero delle imprese attive che operano nel settore e del personale addetto; occorre pertanto una maggiore “visibilità” di questo settore dei contratti pubblici, che deve avere nelle politiche di Governo uno spazio adeguato alla sua importanza, con una rappresentanza stabile che può trovare nel CIPE, data la sua composizione, un buon interlocutore idoneo ad elaborare piani nazionali strategici per i servizi. La modifica normativa che si propone intende dare visibilità e attenzione al settore, con una politica nazionale che permetta una definizione degli obiettivi, individuando un piano nazionale di contratti pubblici di servizi strategici e una *governance* che preveda un referente di Governo dedicato ai servizi che istituisca un luogo di confronto stabile tra gli operatori, il decisore politico, le centrali di committenza e l'ANAC, e definisca e coordini la politica nazionale e le politiche di acquisto.

¹ Fonte ANAC – Relazione annuale del 14 giugno 2018

B. NORME DI SEMPLIFICAZIONE, CERTEZZA TEMPI DI AFFIDAMENTO E RELATIVE AI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLE GARE

1. Proposte di modifica all'art. 32

i) In rubrica, dopo la parola "Fasi", aggiungere le parole "e tempi";

ii) al comma 5, dopo il primo periodo aggiungere: ***“La verifica della documentazione attestante l'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali è svolta unicamente nei confronti dell'aggiudicatario e sulla base della documentazione acquisita d'ufficio da parte delle stazioni appaltanti”.***

In conseguenza della modifica di cui sopra:

- sono abrogate le norme contenute nel secondo periodo fino al penultimo periodo dell'art. 29, comma 1
- è abrogato l'art. 120 comma 2 bis del d.lgs n. 104/2010

iii) Al comma 11, dopo la parola "essa", aggiungere ***“e di conseguenza il contratto deve essere stipulato, salve motivate e specifiche ragioni”***; infine aggiungere ***“La stipula del contratto, nel caso sopra indicato, è prevista anche nei casi di appalti suddivisi in lotti, per ciascun lotto e non costituisce causa di responsabilità amministrativa o motivo di risarcimento danni”***

iv) Aggiungere il comma 11 bis: ***“Le previsioni di cui al comma 5 e al comma 11 trovano applicazione anche alle procedure di affidamento, ivi comprese quelle indette da Consip ed altri centrali di committenza, per le quali non è stato ancora stipulato il contratto o la convenzione, anche se bandite antecedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016”.***

MOTIVAZIONE

L'eccessiva complessità e durata delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, sia appalti che concessioni, sono da sempre punti dolenti che non hanno trovato ancora delle efficaci soluzioni.

Come registrano i dati degli operatori economici, le tempistiche di affidamento si sono dilatate oltremodo, anche per effetto dell'entrata in vigore del nuovo Codice. Il fattore tempo è tuttavia essenziale per i servizi, in particolare quelli ad alto contenuto di innovazione e che prevedono l'introduzione di nuove tecnologie, la cui obsolescenza è rapida.

La complessità dei procedimenti, oltre ad allungare i tempi di affidamento, genera scelte che spesso non premiano la migliore offerta sul piano dei contenuti.

Alla luce dei rilevati problemi, le modifiche proposte hanno i seguenti obiettivi:

Modifiche al comma 5:

La lunghezza delle procedure dipende anche dalla verifica dei requisiti che viene svolta su ogni operatore economico. Per accelerare e snellire i controlli, considerato che la finalità è quella di evitare che la stazione appaltante contragga con operatore non meritevole, allora basterebbe effettuare la verifica dei requisiti di carattere morale e tecnico-economico solo sull'aggiudicatario. Ciò consentirebbe di risparmiare tempo, contenzioso e di garantire comunque la stazione appaltante. La modifica normativa, inserita nell'articolo che descrive il procedimento di gara, comporta il venir meno del procedimento di ammissione ed esclusione che ha dato luogo a molto contenzioso e

notevoli critiche della dottrina e giurisprudenza e su cui pendono diverse questioni di compatibilità comunitaria e costituzionale sollevate dal giudice amministrativo (cfr. Tar Piemonte, sez. I, ord., 17 gennaio 2018, n. 88 e TAR Puglia, Bari, sez. III, ord., 20 giugno 2018, n. 903).

Modifiche al Comma 11:

A fronte del generale blocco degli appalti, in particolare quelli di servizi, anche a causa dei contenziosi pendenti, senza limitare il diritto ad accedere alla giustizia, la previsione in oggetto, che impone la stipula del contratto in caso non vi sia una sospensiva dell'aggiudicazione, salve motivate e specifiche ragioni, ha l'obiettivo di dare tempi certi e inderogabili delle procedure di affidamento e di evitare che l'amministrazione, anche in assenza di sospensive, non proceda alla stipula del contratto, anche per quanto riguarda i vari lotti, salvaguardando il funzionario da responsabilità amministrative e da azioni di risarcimento danni.

In via transitoria, è necessario rendere applicabile dette disposizioni anche alle procedure in corso, anche quelle bandite prima dell'entrata in vigore del Codice e quindi soggette alla disciplina del d.lgs. 163 del 2006. Ciò per sbloccare le molteplici procedure da lungo tempo pendenti, che stanno generando proroghe illegittime o "bandi ponte" non rispondenti ai principi generali del Codice e della normativa europea.

Art. 32 (Fasi e tempi delle procedure di affidamento) – Testo integrato

[...]

5. La verifica della documentazione attestante l'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali è svolta unicamente nei confronti dell'aggiudicatario e sulla base della documentazione acquisita d'ufficio da parte delle stazioni appaltanti.

[...]

11. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa, e di conseguenza il contratto deve essere stipulato, salve motivate e specifiche ragioni, quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare. La stipula del contratto, nel caso sopra indicato, è prevista anche nei casi di appalti suddivisi in lotti, per ciascun lotto e non costituisce causa di responsabilità amministrativa o motivo di risarcimento danni.

11.bis Le previsioni di cui al comma 5 e al comma 11 trovano applicazione anche alle procedure di affidamento, ivi comprese quelle indette da Consip ed altri centrali di committenza, per le quali non è stato ancora stipulato il contratto o la convenzione, anche se bandite antecedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016.

2. Proposte di modifica all'art. 80

- i) Al comma 1 e al comma 5 eliminare la frase: ***“anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6”***;
- ii) Al comma 3, dopo le parole *“di vigilanza”* inserire la seguente frase: ***“Esclusi i membri del Collegio Sindacale e dell'Organismo di Vigilanza ex l. n. 231/2001”***;
- iii) Al comma 4, eliminare la frase ***“purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande”***.

MOTIVAZIONE

In un'ottica di semplificazione e nel rispetto del divieto di *gold plating*, occorre eliminare ogni riferimento al subappaltatore, come soggetto che deve rendere le dichiarazioni con le conseguenze che ne derivano sulla partecipazione alla gara.

Inoltre, la direttiva europea all'art. 57, comma 2 e comma 3, anche in nome del principio di proporzionalità, stabilisce che le cause di esclusione ivi previste non siano più applicabili “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”. La previsione ulteriore contenuta nella normativa nazionale non è prevista dalla disposizione europea dunque e non è in linea con i principi richiamati e pertanto va eliminata.

Al comma 3 si chiarisce l'esclusione dei membri dell'organismo di vigilanza e del collegio sindacale perché estendere anche a loro le dichiarazioni dell'art 80 appare eccessivo e sproporzionato.

- iv) Al comma 5, lett. a), dopo le parole *“gravi infrazioni”*, sostituire la parola *“debitamente”* con ***“definitivamente”***.
- v) Al comma 5, lett. b), dopo le parole *“articolo 110”*, inserire le seguenti: ***“; il procedimento può definirsi in corso solo dal momento in cui vi sia stato un pronunciamento istruttorio del giudice che abbia accertato lo stato di insolvenza dell'impresa”***.
- vi) Al comma 5 lett. c), al primo periodo, dopo la parola *“affidabilità”*: eliminare il punto e la frase *“tra questi rientrano”* ed inserire la frase: ***“; che consistono in: ”***; infine, dopo le parole *“procedure di selezione”*, aggiungere: ***“; i mezzi adeguati fanno riferimento a provvedimenti definitivi o non contestati in giudizio o confermati all'esito di un giudizio”***.
- vii) Al comma 5, lett. f-bis), modificare la disposizione con la seguente: ***“l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni, che attengono a cause di esclusione, nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione”***.
- viii) Al comma 7, infine, aggiungere le parole: ***“o comunque sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione”***.
- ix) Al comma 10, dopo la parola *“decorrenti”*, eliminare le parole *“dalla data del suo accertamento definitivo”* e sostituirlle con le parole ***“dalla data del fatto”***.
- x) Abrogare il comma 13

MOTIVAZIONE

In un'ottica di semplificazione e a tutela dei principi di massima concorrenza, par condicio, e del divieto del *gold plating*, si introducono le modifiche sopra indicate che riprendono i contenuti della direttiva europea e che mirano a dare anche maggiore certezza agli operatori economici, individuando con indicazione tassativa e maggior precisione le cause di esclusione e chiarendo che i "mezzi adeguati" devono essere riferiti a provvedimenti definitivi.

In particolare la modifica alla lett. c) del comma 5 comporta che vi sia una elencazione tassativa dei "gravi illeciti professionali", in aderenza alla norma della Direttiva, e nel rispetto del principio di legalità e tassatività delle cause di esclusione. Diversamente la fattispecie è aperta e ha dato luogo a molteplici contenziosi.

Nel testo previsto in alternativa si indica l'arco temporale ("nel triennio precedente la data di indizione della gara") ai fini dell'esclusione per gravi illeciti professionali.

Inoltre, per evitare che sulla base di accertamenti non definitivi le imprese vengano escluse dalle gare, con violazione dei principi suddetti, è stato previsto che i "mezzi adeguati" siano riferiti a *provvedimenti definitivi o non contestati in giudizio o confermati all'esito di un giudizio*. Ciò riduce anche il contenzioso.

Anche la modifica alla lettera f-bis, riprende la Direttiva europea, chiarendo che il comportamento deve essere gravemente colpevole e che devono essere false dichiarazioni relative ai requisiti necessari per la gara

La modifica del comma 7 si rende necessaria perché anche questa prevista dalla Direttiva europea ed ampliativa delle ipotesi in cui si può comunque dimostrare l'affidabilità dell'operatore economico, nonostante vi sia un motivo di esclusione.

La modifica del comma 10 si rende necessaria perché la norma non è in linea con la direttiva europea che fa riferimento alla data del fatto (v. art. 57 ultimo comma), che è più coerente con il sistema sanzionatorio.

L'eliminazione della possibilità di Anac di adottare linee guida in merito ai mezzi di prova di cui al comma 5 lett. c) (già approvate da Anac- linee guida n. 6), ha lo specifico scopo evitare che si individuino fattispecie ulteriori di esclusione e che si renda più complesso il lavoro delle stazioni appaltanti e più incerta la posizione degli operatori economici.

Art. 80 - Testo integrato

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, uno dei seguenti reati..*

3. *L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva 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, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza, **esclusi i membri del Collegio Sindacale e dell'Organismo di Vigilanza ex l. n. 231/2001**, 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. disposizione modificata dal DLgs 56-2017 in vigore dal 20-5-2017*

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 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 ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015 ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. 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.**~~

5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora.

a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni **definitivamente** accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice;

b) l'operatore economico si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110; **il procedimento può definirsi in corso solo dal momento in cui vi sia stato un pronunciamento istruttorio del giudice che abbia accertato lo stato di insolvenza dell'impresa;**

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, **che consistono in:** le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; ð fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; **i mezzi adeguati fanno riferimento a provvedimenti definitivi o non contestati in giudizio o confermati all'esito di un giudizio**

o in alternativa

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole **nel triennio precedente la data di indizione della gara** di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, **che consistono in:** le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; ð fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; **i mezzi adeguati fanno riferimento a provvedimenti definitivi o non contestati in giudizio o**

confermati all'esito di un giudizio. La contestazione in giudizio sospende gli effetti delle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, anche ai fini del computo del triennio, ad eccezione del caso in cui esse si siano verificate nei confronti della stessa stazione appaltante.

A seguire

f-bis) l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni, che attengono a cause di esclusione, nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione.

[...]

7. Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti *o comunque sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione.*

[...]

10. Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti *dalla data del fatto*, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna.

[...]

~~*13. Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c).*~~

3. Proposte di modifica all'art. 85

Al comma 1, all'inizio, introdurre la seguente frase: ***“Fino al funzionamento della banca dati di cui all'art. 81 che deve essere operativa entro l'anno dall'entrata in vigore del presente decreto.*”**

MOTIVAZIONE

La modifica si rende necessaria per garantire una maggiore semplificazione che vi sarebbe ove funzionasse la Banca dati centralizzata presso il MIT di cui all'art. 81 del Codice e le stazioni appaltanti potessero accedere alla stessa per acquisire quanto necessario, senza dover chiedere autocertificazioni alle imprese, con tutti i rischi connessi. Ogni operatore economico così avrebbe una sua scheda operatore che può essere ogni volta aggiornata all'interno della banca dati. Si prevede che detta banca dati debba essere operativa entro l'anno dall'entrata in vigore del presente decreto.

Art. 85 – Testo integrato

1. ***Fino al funzionamento della banca dati di cui all'art. 81 che deve essere operativa entro l'anno dall'entrata in vigore del presente decreto, al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018, e consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni:***

- a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80;*
- b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83;*
- c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91.*

[...]

C. CENTRALI DI COMMITTENZA

1. Proposte di modifica all'art. 38

- al comma 1, dopo le parole “è istituito presso”, sostituire “PANAC” con **“la Cabina di Regia”**;

- aggiungere:

comma 1 bis

***“Consip, i soggetti aggregatori e le centrali di committenza, si qualificano e operano in base alla propria competenza e ambito territoriale. Le centrali di committenza regionali iscritte nell'elenco dei soggetti aggregatori sono competenti per i servizi e lavori in favore degli enti territoriali e degli enti del servizio sanitario nazionale. Consip è competente per i servizi in favore degli enti statali e per le forniture. Gli enti territoriali devono aderire alle convenzioni Consip solo ove sia del tutto assente una procedura di gara indetta dalla centrale di committenza regionale.*”**

comma 1-ter

***“le centrali di committenza attuano i progetti strategici di rilevanza nazionale, svolgono consultazioni di mercato e redigono documenti orientativi che indicano le caratteristiche e gli elementi qualitativi dei servizi e forniture per la p.a.*”**

MOTIVAZIONE

La modifica normativa proposta ha lo scopo di definire il perimetro di competenza di ogni centrale di committenza regionale e di Consip, al fine di evitare sovrapposizioni, sulla base di un criterio non solo territoriale.

Si valorizza la funzione delle centrali di committenza nell'attuazione di progetti strategici.

Art. 38 - Testo integrato

1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 37 in materia di aggregazione e centralizzazione degli appalti, è istituito presso la **Cabina di Regia**, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. Sono iscritti di diritto nell'elenco di cui al primo periodo, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ivi compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP S.p.a., INVITALIA -Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., nonché i soggetti aggregatori regionali di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, e le città metropolitane.

***1 bis. Consip, i soggetti aggregatori e le centrali di committenza, si qualificano e operano in base alla propria competenza e ambito territoriale. Le centrali di committenza regionali iscritte nell'elenco dei soggetti aggregatori sono competenti per i servizi e lavori in favore degli enti territoriali e degli enti del servizio sanitario nazionale. Consip è competente per i servizi in favore degli enti statali e per le forniture. Gli enti territoriali possono aderire alle convenzioni consip solo ove sia del tutto assente una procedura di gara indetta dalla centrale di committenza regionale.*”**

1-ter. le centrali di committenza attuano i progetti strategici di rilevanza nazionale, svolgono consultazioni di mercato e redigono documenti orientativi che indicano le caratteristiche e gli elementi qualitativi dei servizi e forniture per la p.a.

[...]

D. LOTTI

1. Proposte di modifiche all'art. 51

Al comma 1, aggiungere, infine: ***La suddivisione in lotti, anche con importi adeguati alla partecipazione delle microimprese, è motivatamente esclusa laddove renda l'esecuzione dell'appalto difficile dal punto di vista tecnico o troppo onerosa ovvero laddove l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto". In particolare, la suddivisione in lotti è esclusa se pregiudica l'efficacia dell'investimento.***

MOTIVAZIONE

Si ricorda che la Direttiva europea 2014/24/UE, nel considerando n. 78, prevede che “L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria. Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriato suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto.

La norma riproduce la direttiva europea e esclude dalla suddivisione in lotti in particolare in caso di pregiudizio agli investimenti previsti in commesse di servizi.

Art. 51 – Testo integrato

1. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera q), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera g), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. È fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti. ***La suddivisione in lotti, anche con importi adeguati alla partecipazione delle microimprese, è motivatamente esclusa laddove renda l'esecuzione dell'appalto difficile dal punto di vista tecnico o troppo onerosa ovvero laddove l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa***

rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto". In particolare, la suddivisione in lotti è esclusa se pregiudica l'efficacia dell'investimento

[...]

E. CLAUSOLA SOCIALE

Proposta di modifica dell'Art. 50 (clausola sociale) .

Al primo comma aggiungere dopo “ il personale impiegato” la frase “**esclusivamente o prevalentemente nello specifico appalto**”

MOTIVAZIONE

In tal modo si chiarisce che il personale impiegato oggetto della clausola sociale è esclusivamente o prevalentemente quello dello specifico appalto

Testo integrato dell'art. 50

“1. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato **esclusivamente o prevalentemente nello specifico appalto** , prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.”

F. SUBAPPALTO

Art. 105. (Subappalto)

i) Al comma 2

- dopo la parola “*affidare*”, eliminare la frase “*Fatto salvo quanto previsto dal comma 5*”

- dopo “*contratto di*” eliminare la parola “*lavori*”

- dopo la parola “*forniture*” aggiungere la seguente frase “*Per i contratti di lavori, il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell’importo della prestazione principale. Le opere specialistiche e impiantistiche possono essere subappaltate per l’intero.*”

- al comma 2 infine aggiungere “*Nel bando di gara o 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*”

ii) Eliminare il comma 5

MOTIVAZIONE

La proposta prevede che la limitazione del 30% in caso di lavori, operi solo per la prestazione principale e non per quelle specialistiche per le quali è inopportuno mantenere la limitazione.

Una seconda proposta alternativa prevede invece di eliminare il limite del 30% del subappalto in ogni caso (per lavori, servizi e forniture), adeguando in tal modo la disciplina italiana a quella europea e alle pronunce della Corte di Giustizia.

iii) All’art. 105

• Al comma 3, eliminare la lettera c) bis

• 4 sostituire “*il concorrente*” con “*l’affidatario*”

• Eliminare il comma 6

MOTIVAZIONE

modifica del comma 6

La necessaria indicazione delle lavorazioni e della terna già in sede di offerta, congiunta alla dimostrazione della sussistenza in capo al subappaltatore dei requisiti generali di cui all’art. 80, postula un’identificazione dei subappaltatori da parte dell’offerente molto più estesa di quanto non accadesse precedentemente. Vero è che, ai sensi del comma 12 dell’art.105, in caso di aggiudicazione, i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all’art. 80, potranno essere sostituiti, ma è altrettanto vero che la sostituzione

avverrebbe nei confronti di un altro dei soggetti della terna, postulando la necessaria conoscenza della presenza dei requisiti generali in capo a tutti e tre i possibili subappaltatori, già dal momento della presentazione dell'offerta. L'aggiudicatario, in sostanza, sarebbe onerato della previa verifica della sussistenza dei requisiti generali in capo a tutti i componenti della terna, ove non volesse correre il rischio di essere escluso a causa dell'esito negativo delle verifiche successive all'aggiudicazione. Appare evidente come tali disposizioni siano fortemente limitanti per i partecipanti alla gara, introducendo l'obbligo sostanziale di prevedere già in sede di presentazione dell'offerta quali prestazioni saranno subappaltate, e soprattutto a quali soggetti. La portata limitatrice delle disposizioni in esame si rende, peraltro, ancor più evidente se si tiene a mente che il contratto di appalto è un contratto di durata, la cui esecuzione si protrae spesso volte nel corso di anni, e finanche decenni. sicché, tanto l'indicazione puntuale delle prestazioni, quanto la previa indicazione di una terna di possibili soggetti cui sub affidare parte del contratto appaiono quantomeno complesse e foriere di importanti difficoltà applicative. Molte sono infatti le componenti che potrebbero causare una modifica della situazione di fatto, tali da richiedere un mutamento del subappaltatore non prevedibile al momento della presentazione dell'offerta. si pensi, ad esempio, alla possibilità che uno dei subappaltatori indicati fallisca, o che non sia più in grado di svolgere le mansioni affidate. si pensi, ancora, più criticamente, ma non inverosimilmente, alla possibilità che ciò possa accadere anche per gli altri subappaltatori.

Infine corre l'obbligo precisare che la stazione appaltante effettua tutte le verifiche ed autorizza il subappalto solo a seguito dell'invio del contratto di subappalto da parte dell'affidatario, con un inutile aggravio del procedimento duplicando inutilmente la verifica sulla sussistenza dei requisiti di ordine generale.

Inoltre, occorre tener presente che nella legge delega, così come già evidenziato nel parere del consiglio di stato n. 855 del 2016, è previsto il divieto di gold plating (ovvero il divieto di introdurre una disciplina più gravosa di quella prevista in sede comunitaria). [...]

Modifica al comma 3 lett c bis

L'eliminazione riduce i casi in cui una prestazione non è considerata subappalto, per evitare abusi

iv) Al comma 13 eliminare la lett. a)

MOTIVAZIONE

Norma di difficile applicazione anche in relazione allo split payment, infatti non applicandosi al subappaltatore lo split payment la stazione appaltante dovrà pagare al subappaltatore anche l'iva.

v) Al comma 22 sostituire "*dall'intero*" con "*parte del*"

MOTIVAZIONE

Premio di coordinamento, in base al quale l'impresa titolare del contratto principale può usare ai fini della propria qualificazione anche una quota dei lavori affidati in subappalto; se così non fosse a fronte di ampie e gravose responsabilità che l'appaltatore si assume nei confronti della stazione appaltante non corrisponderebbe nessun vantaggio in capo allo stesso.

Testo integrato dell'art. 105

[...]

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 ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. ~~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 i contratti di lavori, il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo della prestazione principale. Le opere specialistiche e impiantistiche possono essere subappaltate per intero.** 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 requisiti di cui al comma 7. **Nel bando di gara o 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**

[...]

“3. Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:

~~e-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.~~

4. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;

b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;

c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;

d) ~~il concorrente~~ **l'affidatario** dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

~~5. Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. [...]~~

~~6. È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più~~

~~tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80.~~

[...]

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

a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;

[...]

22. Le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione di cui all'articolo 83, comma 1, e all'articolo 84, comma 4, lettera b), all'appaltatore, scomputando **parte del dall'intero** valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto. I subappaltatori possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto realmente eseguite.

G. VARIE

Art. 76. (Informazione dei candidati e degli offerenti)

- Dopo il comma 6 aggiungere il seguente comma 7 *“Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 53, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo deve essere consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 53. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.”*

MOTIVAZIONE

L'introduzione del presente comma (già presente nel vecchio codice appalti art. 79 comma 5 quater) nasce dalla concreta esigenza di evitare da parte delle stazioni appaltanti atteggiamenti dilatori nell'estrazione di copia della documentazione richiesta che costringono gli operatori economici a presentare un ricorso c.d. “al buio”, al fine di rispettare i termini decadenziali di cui all'art. 120, comma 5, cpa.

Art. 83. (Criteri di selezione e soccorso istruttorio)

Al comma 10, dopo la parola “denuncia”, eliminare da “*i requisiti reputazionali*” a “*corruttive*”

MOTIVAZIONE

Per quanto riguarda l'omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive occorre premettere che essa costituisce anche una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. l), del d.lgs. 50/16 se verificatasi e annotata dall'anac nel proprio casellario nell'anno antecedente: conseguentemente, ai fini del rating di impresa, come rileva se è già causa di esclusione?

inoltre, non sembra equa nemmeno la valutazione dell'incidenza del contenzioso; invero, ritenere che l'incidenza del contenzioso possa rappresentare elemento costitutivo per il rating d'impresa significa prevedere un requisito preclusivo evidentemente in violazione del diritto di difesa e del diritto di accesso alla giustizia dei concorrenti, la cui posizione giuridica soggettiva viene, dunque, compromessa. il criterio non risulta quindi rispettoso dell'art. 24 della costituzione, anche in quanto troppo generico.

In merito a questo aspetto, non si può sottacere che l'attribuzione di una valenza punitiva all'impiego di tale strumento da parte di un'impresa è contrario allo spirito europeo, nonché all'essenza stessa che il legislatore nazionale cerca di attribuire all'istituto de quo. invero già nella vigenza del codice 163/06 prima e del d.lgs. n. 50/2016 dopo, il soccorso istruttorio era a pagamento. successivamente, con il nuovo correttivo è stata abolita la sanzione pecuniaria del soccorso e ciò è avvenuto proprio a dimostrazione della volontà del legislatore nazionale, in ossequio di quanto previsto a livello dell'unione, di valorizzare la natura compositiva dello strumento

in questione nei rapporti tra enti e imprese. ne consegue che, ai fini del rilascio del rating d'impresa, non appare opportuno ritenere il soccorso istruttorio criterio di valutazione, giacché tale connotazione risulterebbe smentire, oltreché contrastare, con la ratio europea per cui è stato elaborato lo strumento de quo. pertanto, seppur disciplinato dal codice, pare scorretto istituire delle penalità legate all'utilizzo del soccorso istruttorio, che dovrebbe essere un diritto dell'impresa e pertanto non passibile di tali valutazioni. inoltre, da un lato la complessità derivante da alcune novità del codice (ad esempio terna dei subappaltatori) rende praticamente inevitabile tale strumento; dall'altra, in concreto, nella maggior parte dei casi è la stazione appaltante a qualificare semplici richieste di chiarimento quale soccorso istruttorio.

Testo integrato dell' art. 83

[...]

10. E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Le linee guida di cui al precedente periodo istituiscono altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia. ~~I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto.~~ Per il calcolo del rating di impresa si tiene conto del comportamento degli operatori economici tenuto nelle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore della presente disposizione. L'ANAC attribuisce elementi premiali agli operatori economici per comportamenti anteriori all'entrata in vigore della presente disposizione conformi a quanto previsto per il rilascio del rating di impresa.

Art. 93. (Garanzie per la partecipazione alla procedura)

- Al comma 6,
 - dopo la parola "fatto", inserire le parole: **"dell'affidatario riconducibile ad una condotta dolosa o gravemente colposa"**

MOTIVAZIONE

Si ritiene opportuno modificare l'articolo nei termini sopra indicati in quanto appare legittima - e non in violazione dei principi di massima partecipazione alle gare pubbliche nonché al principio costituzionale di iniziativa economica di cui all'art. 41 della costituzione - un'interpretazione dell'art. 93 comma 6 che giustifichi la necessità che la escussione si colleghi a comportamenti dolosi o gravemente colposi, per evitare un uso strumentale e abusivo dell'escussione

Testo dell'art. 93 integrato:

[...]

6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto **dell'affidatario riconducibile ad una condotta dolosa o gravemente colposa** o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto.

Proposta di aggiungere l'Art. 48 bis

Art. 48 bis - Vicende soggettive del candidato dell'offerente e dell'aggiudicatario

“1. Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice.”

MOTIVAZIONE

Si tratta di fattispecie da introdursi perché non più normata nel nuovo codice

Proposta di modifica all'Art. 77 co. 3 (Commissione giudicatrice)

All'art. 77, modificare il comma 3, come segue:

“La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente. I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui all'articolo 78.

MOTIVAZIONE

Affidare ad esterni la valutazione delle offerte, anziché a professionisti interni della stazione appaltante, é una scelta che contrasta con i principi di economicità, efficacia ed efficienza che devono ispirare l'azione amministrativa: le procedure di gara, già appesantite dalla moltitudine di adempimenti, verranno ulteriormente rallentate ed ingessate dalla complessa gestione di questa fase.

Proposta di modifica dell'Art. 78 co. 1 – (Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici)

Al primo periodo del comma 1 eliminare la parola “obbligatorio”.

Testo integrato

“1. È istituito presso l'ANAC, che lo gestisce e lo aggiorna secondo criteri individuati con apposite determinazioni, l'Albo nazionale ~~obbligatorio~~ dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Ai fini dell'iscrizione nel suddetto albo, i soggetti interessati devono essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto, secondo i criteri e le modalità che l'Autorità definisce con apposite linee guida, valutando la possibilità di articolare l'Albo per aree tematiche omogenee, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice. Fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo, si applica l'articolo 216, comma 12.”

Proposta di modifica all'Art. 97 co. 3 – (Offerte anormalmente basse)

Al comma 3 infine, aggiungere

Qualora negli atti di gara sia prevista la riparametrazione del punteggio tecnico e/o economico, la soglia di anomalia è determinata tenendo conto dei rispettivi punteggi non riparametrati.

MOTIVAZIONE

Fare in modo che la verifica di anomalia sia correttamente eseguita

Art. 97 comma 8 , infine, sostituire le parole “inferiore a dieci” con le parole “inferiore a cinque”

MOTIVAZIONE

Evitare ribassi troppo elevati. Una modifica volta a Trasparenza, antiturbativa e anticorruzione

Testo integrato dell'art. 97

*“3. Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. **Qualora negli atti di gara sia prevista la riparametrazione del punteggio tecnico e/o economico, la soglia di anomalia è determinata tenendo conto dei rispettivi punteggi non riparametrati**”*

8. Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'[articolo 35](#), la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai

sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è **inferiore a cinque**

Art. 23 co. 16 (Livelli di progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi: Stima dei costi della manodopera)

Testo vigente: “16. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente. Tali prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzi sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate. Fino all'adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 4. Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso”

Proposta: modificare l'articolo, eliminando l'obbligo, per la Stazione Appaltante, di stimare i costi della manodopera.

MOTIVAZIONE

I costi di manodopera per i servizi e forniture sono difficilmente individuabili considerato il mancato aggiornamento delle tabelle ministeriale di riferimento e la non omogeneità dei contratti collettivi nazionali applicati.

La stima del costo della manodopera fatta preventivamente a monte dalla stazione appaltante potrebbe risultare distorsiva, in quanto il costo della manodopera, inoltre, è determinato da numerose variabili non identificabili esattamente a priori come ad esempio l'assetto organizzativo e tecnologico degli operatori economici che partecipano alla gara. Pertanto la congruità ai sensi dell'art.95 comma 10 del Dlgs 50/2016 è possibile verificarla a valle dell'offerta ma non stimarla a monte della progettazione della gara su ipotesi aleatorie.

Art. 53 co. 2 lett. b) (Accesso agli atti e riservatezza)

Testo vigente: “2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso

all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;”

Proposta: eliminare il differimento del diritto di accesso nelle procedure negoziate di cui all'art. 36 co.2 lett. b), con riferimento all'elenco degli operatori economici invitati alla procedura

MOTIVAZIONE

Lo snellimento delle procedure e la trasparenza attraverso l'immediato accesso agli elenchi degli operatori economici invitati alla procedura.

Art. 73 (Pubblicazione a livello nazionale)

Proposta: Soppressione dell'obbligo, per le Stazione Appaltanti, di provvedere a dare pubblicità delle gare bandite/aggiudicate su quotidiani a diffusione nazionale e locale.

MOTIVAZIONE

Attualmente, si ritiene non necessaria la pubblicazione su quotidiani a diffusione nazionale e locale, considerati gli attuali strumenti digitali e la pubblicazione di norma sulla Gazzetta Ufficiale.

H. CONCESSIONI E PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO

1. Proposte di modifica all'articolo 3. Definizioni.

i. Alla lett. r), sostituire la definizione di “promotore” con la seguente:

«promotore», un operatore economico che 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

ii. Alla lett. z), “rischio operativo”

- eliminare, dopo la parola “rischio”, la seguente frase ***“legato alla gestione dei lavori o dei servizi”***;

- aggiungere, dopo la parola “concessione”, la seguente frase ***“ovvero degli altri costi sostenuti dal contraente privato di un altro contratto di contraente privato di un altro contratto di partenariato pubblico privato”***.

iii. Sostituire le lett. a) e b), con le seguenti disposizioni:

a) «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. Nelle ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice versi un canone all'operatore economico, tale rischio è connesso all'effettivo utilizzo dell'opera o del servizio da parte degli utenti;

b) «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.

iv. Abrogare comma 1, lett. c)

v. Al comma 1, lett. e)

- sostituire la parte iniziale “«contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale” con la frase ***“partenariato pubblico privato», la categoria di contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto con i quali”***

- sostituire da “consistenti nella realizzazione” a “parte dell'operatore” con la frase ***“con assunzione di rischio operativo, secondo modalità individuate nel contratto.***

Tali attività consistono:

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;

2) ovvero nella fornitura di un servizio indipendente dalla realizzazione di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico.”

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 dei rischi (lett. a, b, c):** 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. e):** 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).

Testo dell'art. 3 integrato

1. Ai fini del presente codice si intende per:

[...]

r) «promotore», un operatore economico che *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.*

[...]

[...]

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. Nelle ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice versi un canone all'operatore economico, tale rischio è connesso all'effettivo utilizzo dell'opera o del servizio da parte degli utenti;

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.

~~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;~~

[...]

eee) «*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.*

Tali attività consistono:

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;

2) ovvero nella fornitura di un servizio indipendente dalla realizzazione di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico.

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 per i soli profili di tutela della finanza pubblica i contenuti delle decisioni Eurostat;

2. Proposte di modifica all'Art. 164. Oggetto e ambito di applicazione.

Al comma 2, dopo le parole “per quanto compatibili” aggiungere la frase **“con il principio di libera amministrazione di cui all'art. 166 oltreché con le altre disposizioni speciali contenute nella presente parte”**

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.

Testo integrato dell'art. 164

1. Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 346 del TFUE, le disposizioni di cui alla presente Parte definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II. In ogni caso, le disposizioni della presente Parte non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici.
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.
3. **Proposte di modifica all'Art. 165. Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni.**
 - i. Al comma 1
 - sostituire l'inizio da “nei contratti” a “tali contratti” con **“I contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere u) e v)”**;
 - aggiungere, infine, **“Ai fini di cui al presente comma e della definizione delle “condizioni operative normali” si precisa che il rischio connesso ad eventi imprevisi ed imprevedibili non imputabili al concessionario è assunto dal concedente.”**
 - ii. Dopo il comma 1, aggiungere il comma 1 bis:

1 bis. Le concessioni 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.

iii. Al comma 2

- aggiungere, dopo la parola "può", la frase ***"determinare il venire meno del trasferimento del rischio operativo in capo al concessionario e comunque"***;

iv. Al comma 3

- sostituire l'inizio con la frase ***"La sottoscrizione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della approvazione del progetto definitivo e della presentazione da parte dell'aggiudicatario di una lettera dell'istituto finanziatore di impegno al finanziamento dell'iniziativa ovvero di una lettera dell'emittente di impegno al finanziamento dell'iniziativa mediante collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'art. 185."***

- aggiungere, dopo la parola "185", la frase ***"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."***

v. Al comma 6

- sostituire, dopo la parola "finanziaria", "può" con ***"deve"***;

- aggiungere, dopo la parola "equilibrio", la frase ***"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."***

- aggiungere, dopo la parola "NARS", la frase ***"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,"***

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.

Pur nel rispetto dell'allocatione sul soggetto privato del rischio operativo come richiesto dalle Direttive Europee, è necessario precisare il concetto di **"condizioni operative normali"** al fine di

evitare che l'estensione e/o l'indeterminatezza dello stesso renda l'implementazione di operazioni mediante concessioni e PPP non sostenibile per gli operatori e dunque in concreto non praticabile.

Il concetto di “**idonea documentazione inerente il finanziamento**” oggi previsto è eccessivamente generico e poco ancorato alle specificità operative del sistema bancario. Da qui la necessità di specificarne il contenuto in modo richiamando espressamente la presentazione di una lettera di impegno al finanziamento dell'iniziativa.

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

Nei casi previsti dalla legge, la **revisione del piano economico finanziario** non può essere eventuale ma deve costituire un diritto del concessionario. 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.

Testo integrato dell'art. 165

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 significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario. Ai fini di cui al presente comma e della definizione delle “condizioni operative normali” si precisa che il rischio connesso ad eventi imprevisi ed imprevedibili non imputabili al concessionario è assunto dal concedente.***

1 bis. Le concessioni 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.

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 quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

3. *La sottoscrizione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della approvazione del progetto definitivo e della presentazione da parte dell'aggiudicatario di una lettera dell'istituto finanziatore di impegno al finanziamento dell'iniziativa ovvero di una lettera dell'emittente di impegno al finanziamento dell'iniziativa mediante collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'art. 185.. 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 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 sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

4. Proposte di modifica all'Articolo 166. Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche.

Aggiungere il comma 2:

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 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.*

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.

Testo integrato dell'art. 166

1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.
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 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.*

5. Proposte di modifica all'Art. 173. Termini, principi e criteri di aggiudicazione.

Dopo il comma 1, aggiungere il comma

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*

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.

Testo integrato dell'art. 173

1. Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui all'articolo 30

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

6. Proposte di modifica all'art. 176. Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro.

- i. All'art. 176, co. 4, lett. a) aggiungere, dopo la parola "concessionario", ***ivi compresi gli oneri finanziari per il rimborso anticipato del finanziamento; ...***.
- ii. All'inizio dell'art. 176, co. 6, aggiungere ***"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."***

Testo integrato dell'art. 176

[...]

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:

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; ***ivi compresi gli oneri finanziari per il rimborso anticipato del finanziamento;***

[...]

6. 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.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.

[...]

7. Proposte di modifica all'art. 177. Affidamenti dei concessionari.

Dopo il comma 1, aggiungere i comma:

1-bis. Il comma 1 non si applica ai contratti aventi ad oggetto unicamente lavori di manutenzione straordinaria.

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.

MOTIVAZIONE

Un compromesso ragionevole 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 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*).

Testo integrato dell'art. 177

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. Per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, la quota di cui al primo periodo e' pari al sessanta per cento

1-bis. Il comma 1 non si applica ai contratti aventi ad oggetto unicamente lavori di manutenzione straordinaria.

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.

8. Proposte di modifiche all'art. 180. Partenariato pubblico privato.

- i. Sostituire il comma 1 con il seguente **“Il partenariato pubblico privato costituisce la categoria di contratti a titolo oneroso di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e)”**
- ii. Al comma 2,
 - eliminare, dopo la parola *“ricavi”*, la parola *“di gestione”*;
 - sostituire *“dall'ente concedente”* con *“dall'amministrazione aggiudicatrice”*
- iii. Al comma 3
 - sostituire il periodo da *“oltre che”* a *“resi”* con la frase **“del rischio operativo, sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi”**;
 - aggiungere, dopo la parola *“opera”*, **“o del servizio”**;
 - sostituire *“lettere a), b), c)”* con **“lettera z”**;
 - aggiungere, dopo la parola *“domanda”*, la frase **“o dalla sua capacità di garantire un'offerta sufficiente a fare fronte alla domanda proveniente dall'utenza,”**
- iv. Al comma 4
 - aggiungere, dopo la parola *“canone”*, la frase **“oppure di corrispondere una diversa utilità economica, comunque pattuita ex ante”**,
 - aggiungere, dopo *“variazioni del canone”*, la frase **“o della diversa utilità economica”**
- v. Sostituire il comma 5 come segue **“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.”**
- vi. Al comma 6
 - sostituire, dopo la parola *“opera”*, con la frase *“o al servizio da affidare in partenariato”*;
 - sostituire, il periodo successivo alla parola *“pubblica amministrazione”*, con la frase **“non può determinare il venire meno del trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore e comunque non può essere superiore al cinquanta quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.”**
- vii. Sostituire il comma 7 come segue **“Si applica quanto previsto dall'art. 165, commi 3, 4 e 5 del presente codice. *La documentata disponibilità di un finanziamento – 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'art. 185 – è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione da parte dell'aggiudicatario di una lettera dell'istituto finanziatore di impegno al finanziamento dell'iniziativa ovvero di una lettera dell'emittente di impegno al finanziamento dell'iniziativa mediante collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'art.185. Il contratto è risolto di diritto***

ove il contratto di finanziamento non sia sottoscritto entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto.”

viii. Al comma 8,

- sostituire la parola “*tipologia*” con la parola “***categoria***”;
- eliminare, dopo la parola “*rientrano*”, “***la finanza di progetto***”;
- sostituire “*altra procedura*” con “***altro contratto***”.

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:** si è intervenuti per coordinare la disposizione con la modifica proposta all’art. 165.
- **comma 8:** la finanza di progetto non è un contratto, ma una procedura di affidamento di un contratto.

Testo integrato dell’art. 180

1. Il ***partenariato pubblico privato costituisce la categoria di contratti*** a titolo oneroso di cui all’articolo 3, comma 1, lettera eee).

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.

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.

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 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.

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**.

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 quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari**.

7. Si applica quanto previsto dall'art. 165, commi 3, 4 e 5 del presente codice. **La documentata disponibilità di un finanziamento – 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'art. 185 – è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione da parte dell'aggiudicatario di una lettera dell'istituto finanziatore di impegno al finanziamento dell'iniziativa ovvero di una lettera dell'emittente di impegno al finanziamento dell'iniziativa mediante collocamento delle**

obbligazioni di progetto di cui all'art.185. Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia sottoscritto entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto. .

8. Nella **categoria** 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 **altro contratto** di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti.

9. Proposte di introduzione dell'Art. 180-bis - PPP Unit

“1. Al fine di promuovere e favorire la realizzazione di investimenti in partenariato pubblico e privato (PPP) è istituita in sostituzione dell'Unità tecnica – Finanza di progetto di cui all'art. 7 della legge 17 maggio 1999, n. 144, la PPP Task Force Unit.

2. Fatto salvo il comma 6, la PPP Task Force Unit svolge i seguenti compiti relativamente alle iniziative oggetto di contratti di concessione e di contratti di partenariato pubblico privato di cui alla Parte IV del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50:

a) fornisce parere obbligatorio e vincolante al fine dell'avvio delle iniziative in PPP. Il parere verifica la fattibilità dell'iniziativa in PPP, la bancabilità ed il value for money, l'adeguatezza dello studio di fattibilità o del progetto a base di gara, l'affidabilità del piano economico-finanziario e la corretta allocazione dei rischi in convenzione. Se sussistono le condizioni, indica le eventuali modifiche necessarie per l'ottenimento di un parere favorevole;

b) relativamente alle iniziative sopra indicate interagisce con le amministrazioni interessate e coinvolte nell'iniziativa, sollecitando l'ottenimento dei pareri, delle autorizzazioni e degli assensi comunque denominati necessari per l'avvio dell'iniziativa in PPP;

c) svolge una funzione di promozione del PPP al fine di favorire il necessario apporto dei capitali privati;

d) supporta le stazioni appaltanti nel corso della procedura di aggiudicazione delle gare per l'affidamento dei contratti di partenariato pubblico privato;

e) definisce degli schemi contrattuali standard delle concessioni con una chiara regolamentazione dei rapporti tra le parti, per garantire adeguata allocazione dei rischi e rispetto dei requisiti di bancabilità dei progetti;

f) propone le necessarie modifiche normative finalizzate ad accelerare lo sviluppo del partenariato pubblico privato.

3. Con riferimento alle iniziative indicate al comma 2, la procedura di gara è bandita previo parere positivo vincolante rilasciato dalla PPP Task Force Unit”.

MOTIVAZIONE

Si suggerisce di valutare la creazione di una PPP Unit (incardinata nell'ambito del Ministero che si ritenga più opportuno – es. MIT o MEF – od eventualmente in seno alla centrale di committenza nazionale) che, a livello nazionale, operi sui progetti di interesse nazionale e strategici e, a livello locale, fornisca il supporto tecnico ed economico per consentire alle singole amministrazioni la valutazione di fattibilità delle proposte di PPP e dunque il value for money delle stesse. Ove implementata, il coinvolgimento della PPP Unit nella valutazione di fattibilità di progetti tramite contratti di partenariato pubblico privato dovrebbe costituire elemento imprescindibile per l'implementazione del progetto.

Ove non si ritenesse percorribile tale soluzione, si suggerisce quantomeno di valutare il potenziamento del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (DIPE) di cui all'art. 1, comma 589, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di Stabilità 2016) che ha altresì soppresso l'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP), prevedendo espressamente che lo stesso:

- fornisca parere obbligatorio e vincolante al fine dell'avvio delle iniziative in PPP. Il parere verifica la fattibilità dell'iniziativa in PPP, la bancabilità ed il value for money, l'adeguatezza dello studio di fattibilità o del progetto a base di gara, l'affidabilità del piano economico-finanziario e la corretta allocazione dei rischi in convenzione. Se sussistono le condizioni, indica le eventuali modifiche necessarie per l'ottenimento di un parere favorevole;
- conseguentemente, la procedura di gara per l'affidamento dei contratti di PPP in applicazione di quanto previsto dal d.lgs. n. 50/2016 è bandita previo parere positivo vincolante rilasciato dal DIPE.

Si ritiene comunque che la creazione di una PPP Unit ad hoc costituita rappresenti soluzioni preferibile al fine di garantire una struttura che – in quanto totalmente dedicata, snella e dotata delle competenze specifiche inter alia per la valutazione di PEF complessi – possa operare con efficienza in termini di tempi e di risultati: ciò peraltro in linea con quanto avviene negli altri paesi europei in cui il PPP ha trovato ampio utilizzo.

10. Proposta di modifica all'art. 181. Procedure di affidamento.

- i. Sostituire il comma 1 come segue ***“La scelta dell'operatore economico avviene 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. Le disposizioni contenute nella Parte II, Titolo II del presente codice trovano applicazione in quanto compatibili con tali principi”***
- ii. Dopo il comma 1 aggiungere il comma 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.”***
- iii. Al comma 2 aggiungere, dopo la parola *“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.

Testo integrato dell'art. 181

1. La scelta dell'operatore economico avviene ***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. Le disposizioni contenute nella Parte II, Titolo II del presente codice trovano applicazione in quanto compatibili con tali principi.***

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.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, **come disciplinati dall'art. 180.**

[...]

11. Proposte di modifica all'Art. 182. Finanziamento del progetto.

i. Al comma 1

- eliminare, dopo la parola “strumenti”, **“quali, tra gli altri, la finanza di progetto”;**

- aggiungere, dopo la parola “contratto”, la frase **“di cui il piano economico finanziario costituisce parte integrante.”**

ii. Al comma 2, aggiungere, dopo la parola “comportare”, **“effettiva”**

iii. Sostituire il comma 3 come segue: 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 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 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 sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.”**

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.**

Testo integrato dell'art. 182

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 **, 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 **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 **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 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 sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.**

12. Proposte di modifica all'Art. 183. Finanza di progetto.

Art. 183 – Finanza di Progetto

Dopo il comma 17, aggiungere il co. 17 bis, **“I soggetti di cui al comma 17 possono accedere, nei modi e nei termini di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla documentazione necessaria ai fini della predisposizione della proposta di cui al comma 15 del presente articolo”.**

Aggiungere il comma 16 bis: "La procedura di cui ai commi 15 e 16 del presente articolo può trovare applicazione anche per opere o servizi già inseriti nella programmazione delle amministrazioni".

MOTIVAZIONE

Al fine di stimolarne la diffusione, la procedura "Finanza di Progetto a iniziativa privata" ai sensi dell'art. 183 comma 15 e 16 del codice dei contratti dovrebbe essere resa possibile **anche per gli investimenti e ai servizi inclusi in programmazione**. Questa procedura, infatti, è risultata la più appropriata in considerazione dell'elevato contenuto innovativo di questi contratti, che difficilmente potrebbero essere concepiti nell'ambito di una gara a iniziativa pubblica. Inoltre l'Amministrazione ha la facoltà di "negoziare" con il proponente al fine di rendere la proposta più coerente e sostenibile.

Nell'ambito di questa procedura, l'Amministrazione può sollecitare il mercato a presentare proposte a iniziativa privata sulla base dei propri fabbisogni. La proposta può essere negoziata e "affinata" nel periodo dei 3 mesi finalizzato alla valutazione di fattibilità e pubblico interesse. Una volta approvato il progetto, il PEF e il contratto, l'Amministrazione indice una gara per verificare eventuali migliori offerte dal mercato. Con questa procedura, possono essere ridotti i tempi di aggiudicazione di circa 3/6 mesi, con la garanzia che la gara non vada deserta

Testo integrato dell'art. 183

[...]

17 BIS. "I soggetti di cui al comma 17 possono accedere, nei modi e nei termini di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla documentazione necessaria ai fini della predisposizione della proposta di cui al comma 15 del presente articolo".

[...]

16 bis " **La procedura di cui ai commi 15 e 16 del presente articolo può trovare applicazione anche per opere o servizi già inseriti nella programmazione delle amministrazioni".**

13. Proposta di introduzione dell'Art. 183-bis. Affidamento di un contratto di una concessione di servizi su iniziativa del promotore.

"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 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.

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.

5. Per tutto quanto non espressamente regolato dal presente articolo si applicano le disposizioni del codice e del regolamento in quanto compatibili.

6. Il presente articolo si applica ai contratti di servizi di cui all'articolo 197, comma 3, del codice”.

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.

14.PROPOSTA DI INTRODUZIONE DELL'ART. 183 *ter*: INIZIATIVA PRIVATA IN CORSO DI ESECUZIONE DEI SERVIZI

“1. Nel corso delle esecuzione dei contratti di servizi di appalto o concessione di durata pluriennale, entro un termine di 12 mesi dalla scadenza del contratto, le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare un avviso e a mettere a disposizione del mercato tutti i documenti relativi al contratto pubblico in corso di esecuzione.

2. L'avviso è finalizzato a chiamare proposte per il miglioramento delle condizioni del contratto in corso, con riferimento alle caratteristiche tecniche del servizio, alle specifiche tecniche dei beni forniti e alle altre condizioni contrattuali, al fine di mettere a base di gara tali miglioramenti, quando in vista della scadenza del contratto in corso, sarà espletata la nuova procedura di affidamento.

3. Qualora una proposta contenga sostanziali miglioramenti, rispetto alle condizioni attuali di esecuzione, essa potrà essere valutata di pubblico interesse e al promotore sarà riconosciuto un diritto di prelazione nella successiva gara per l'affidamento del servizio, da espletarsi in vista della scadenza del contratto in corso. In caso di più proposte da parte di soggetti diversi, le stesse potranno essere valutate comparativamente, sulla base dei criteri contenuti nell'avviso, dalla stazione appaltante.

MOTIVAZIONE

Occorre considerare che:

- Una delle caratteristiche peculiari della maggior parte dei contratti di servizi (tanto appalti che concessioni) è che essi tendono a ripetersi nel tempo (a differenza dei contratti di lavori che sono *una tantum*, dal momento che con la realizzazione dell'opera il fabbisogno si esaurisce). E' un dato di fatto che le stazioni appaltanti, al momento del nuovo affidamento, tendono a riproporre le caratteristiche tecniche già contenute nei bandi precedentemente affidati ed eseguiti. L'ANAC nelle linee guida n. 8 ha segnalato il rischio c.d. di lock-in consistente nel fatto che il primo affidamento determini di fatto la scelta dello stesso contraente nei successivi affidamenti (poiché si crea una sorta di dipendenza della stazione appaltante dalle specifiche tecniche già aggiudicate, che determina la ripetizione della scelta del primo contraente nelle aggiudicazioni future). Ciò non consente il miglioramento delle caratteristiche tecniche dei servizi, l'adeguamento all'innovazione tecnologica, il perseguimento di obiettivi strategici (es. ambientali). Può anche osservarsi che molto spesso i contratti di servizi sono misti con forniture (si pensi al settore sanitario, ove il gestore del servizio è anche il produttore del macchinario) per cui il problema evidenziato può riguardare anche il macchinario complementare al servizio.

- Inoltre, occorre tenere presente che quanto più il contratto da affidare ha la caratteristica della complessità (dovuta, ad esempio, alle caratteristiche tecniche, all'innovazione, al perseguimento di obiettivi strategici quali quelli ambientali), tanto maggiore è lo svantaggio informativo della parte pubblica rispetto a quella privata. Le informazioni sull'oggetto di questo tipo di contratti sono in possesso della parte privata /produttore. Occorre, dunque, implementare le procedure flessibili che consentono l'apprendimento delle stazioni appaltanti, attraverso il dialogo / negoziazione con i privati, al fine di favorire lo scambio di informazioni.

- La fase dell'esecuzione dei contratti può essere considerata la più delicata anche sotto il profilo dell'esposizione a inefficienze e corruzione. Mentre, infatti, la fase dell'aggiudicazione ha la caratteristica della concorrenzialità e consente il controllo incrociato tra i concorrenti, quella dell'esecuzione del contratto è del tutto priva di controllo da parte del mercato, dal momento che si risolve in un rapporto a due tra committente pubblico ed esecutore. Possono, dunque, verificarsi cattive esecuzioni e fatti corruttivi senza che nessuno (terzo rispetto alle parti del contratto) abbia l'interesse a farle emergere. E'anche noto quanto sia difficile da parte di un terzo / concorrente ottenere informazioni e documenti sui contratti in corso, dal momento che non è riconosciuto un suo interesse qualificato all'ottenimento di tali documenti. Si assiste, dunque, ad aumenti di costi, cattiva esecuzione, proroghe illegittime, ecc.

Si potrebbe, dunque, immaginare che nel corso delle esecuzione dei contratti di servizi di appalto o concessione di durata pluriennale (ad esempio a 12 mesi dalla scadenza) le stazioni appaltanti siano tenute a pubblicare un avviso e a mettere a disposizione del mercato tutti i documenti relativi al contratto pubblico in corso di esecuzione. L'avviso dovrebbe essere finalizzato a chiamare proposte per il miglioramento delle condizioni del contratto in corso (delle caratteristiche tecniche del servizio, delle specifiche tecniche dei beni forniti e delle altre condizioni contrattuali), al fine di mettere a base di gara tali miglioramenti, quando alla scadenza del contratto in corso, sarà espletata la nuova procedura di affidamento.

Qualora una proposta contenga sostanziali miglioramenti (da valutare quando possano considerarsi sostanziali) rispetto alle condizioni attuali di esecuzione (in primo luogo, sulle caratteristiche tecniche ma anche relative ad altre condizioni contrattuali), essa potrà essere valutata di pubblico interesse e al promotore sarà riconosciuto un diritto di prelazione nella successiva gara (sul modello dell'attuale art. 183 commi 15 ss del Codice) per l'affidamento del servizio (da espletarsi a scadenza di quello in corso). In caso di più proposte da parte di soggetti diversi, le stesse potranno

essere valutate comparativamente (sulla base dei criteri contenuti nell'avviso) dalla stazione appaltante.

Da valutare se ammettere la presentazione della proposta da parte dell'attuale esecutore. Ammettere tale possibilità potrebbe favorire pratiche di aggiustamento finalizzate ad evitare la concorrenza e scoraggiare l'apertura al mercato.

Da considerare anche che:

- il conferimento al promotore del diritto di prelazione non appare violare la *par condicio* tra i concorrenti, poiché attribuito a seguito di un avviso pubblico. Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato in relazione alla procedura di finanza di progetto (quella precedente al secondo correttivo al d.lgs. 163/2006), la fase della scelta del promotore a seguito di avviso (seguito della quale è conferito il diritto di prelazione) assume carattere concorrenziale.

- Il conferimento del diritto di prelazione al promotore rende meno attraente la partecipazione alla successiva gara per l'affidamento del contratto. Potrebbero essere immaginate forme di incentivo alla partecipazione (del tipo del meccanismo di rimborso previsto dall'attuale art. 183 comma 15). Tuttavia, potrebbe esservi il caso che l'attuale gestore del servizio (visto la sua posizione consolidata) possa concretamente offrire condizioni alle quali il promotore non possa adeguarsi.

- Il meccanismo proposto non costituirebbe aggravamento procedurale per le stazioni appaltanti né potrebbe essere causa di ritardi nei successivi affidamenti. Il termine di un anno precedente alla scadenza del contratto in corso potrebbe consentire l'espletamento della procedura quando il contratto attuale è ancora in esecuzione, in modo da arrivare pronti (con le nuove condizioni contrattuali da mettere a base di gara) al momento della scadenza contrattuale.

In conclusione:

La procedura proposta, flessibile e volta all'apprendimento dell'amministrazione, potrebbe:

1) Evitare, grazie all'apporto dei privati, la ripetizione meccanica delle attuali condizioni di esecuzione dei contratti di servizi e consentire, per i futuri contratti, il miglioramento delle caratteristiche tecniche. Ciò può in particolare essere utile, nel caso di contratti complessi, al miglioramento tecnologico e all'innovazione. Può, infine, ridursi il rischio del c.d. lock-in.

2) Essere misura di contrasto della corruzione e dell'inefficienza in fase di esecuzione del contratto, grazie al possibile controllo degli altri operatori del mercato (possibili promotori) sulle attuali modalità di svolgimento del servizio. Appare chiaro l'effetto deterrente che il controllo del mercato potrebbe avere in relazione a pratiche collusive tra le parti del contratto in corso di esecuzione.

- Il controllo dell'eventuale promotore con prelazione (selezionato con la procedura che si propone) potrebbe assicurare l'effettivo espletamento della procedura di aggiudicazione allo spirare del termine contrattuale, evitando la cattiva pratica (molto diffusa) delle proroghe illegittime e *sine die* dei contratti in corso.

15. Proposte di modifica all'Art. 187. Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità.

- i. Al comma 1, sostituire la parola "*appalto*" con la parola "*contratto*"
- ii. Al comma 7, sostituire da "*può*" fino alla fine, con "*è realizzata su area privata o su area pubblica previa costituzione di un diritto di superficie in capo all'aggiudicatario.*"

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 ai 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 giustificerebbe 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.

Testo integrato dell'art. 187

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.

[...]

7. L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; l'opera è realizzata su area **privata o su area pubblica previa costituzione di un diritto di superficie in capo** all'aggiudicatario.