

Sintesi Relazione
Prof. Arturo CANCRINI

I.

1. Inquadramento generale¹

In data 28 marzo del 2014 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il cd. pacchetto legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni. Tali provvedimenti, entrati in vigore in data 17 aprile 2014 (il ventesimo giorno successivo alla data di pubblicazione), dovevano essere recepiti dai singoli Stati membri entro i 24 mesi successivi (quindi, entro il 18 aprile 2016).

Il Legislatore nazionale italiano ha, quindi, recepito e riordinato la materia dei contratti pubblici dapprima con la Legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11 e in seguito con il Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni), in vigore dal 19 aprile 2016.

Tra gli obiettivi della nuova disciplina si rinviene, in primo luogo, la generale qualificazione dei contratti pubblici come strumento fondamentale per la crescita europea secondo quei canoni di inclusività, efficienza e sostenibilità propri della strategia europea per il 2020. In tale contesto, l'intera normativa è stata aggiornata nell'ottica di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando, in particolare, l'accesso al mercato degli appalti per le piccole e medie imprese.

In secondo luogo, dalla lettura della novella legislativa, emerge il *favor* del legislatore comunitario in ordine alla semplificazione e alla flessibilità delle procedure concorsuali in una prospettiva volta a rendere compatibili le esigenze concorrenziali con l'innovazione e la promozione di nuove tecnologie.

In questa direzione si muovono le nuove disposizioni in materia di criteri di aggiudicazione e di procedure di scelta dei contraenti che, ampliando la fase delle negoziazioni, incentivano una competitività "costruttiva" in cui gli operatori economici si confrontano non solo sui profili prettamente economici dell'opera pubblica, bensì anche sui superiori valori sociali, ambientali e del lavoro. Anche l'incremento delle varianti in fase di aggiudicazione si innesta nella medesima prospettiva, laddove costituisce un importante fattore incentivante tanto della concorrenza quanto

¹ Per quanto trattato in tema di Direttive europee, si veda A. Cancrini, V. Capuzza, *Manuale di legislazione delle opere pubbliche*, Collana di Diritto amministrativo n. 1, Aracne Editrice, Roma 2015.

dell'innovazione e dello sviluppo di strumenti “alternativi” nella realizzazione dei contratti di opere pubbliche.

In terzo luogo, si segnala il conseguente incremento della discrezionalità delle amministrazioni in ordine alla scelta dei concorrenti aggiudicatari, che, se da un lato potrebbe mettere a rischio l'imparzialità e la neutralità delle procedure, dall'altro lato trova idonei contrappesi nella previsione di criteri oggettivi e ben delimitati tesi a veicolare tale potere discrezionale.

Pertanto, può ritenersi, in via generale, che il perno attorno al quale ruota l'intera disciplina risieda nella identificazione del mercato degli appalti pubblici quale “luogo strategico” e quale “strumento” in cui le esigenze di efficienza economica si completano al confronto con i valori sociali e il benessere collettivo.

2. La legislazione nazionale, fra passato e presente.

I contratti pubblici rappresentano il grosso della spesa nazionale e:

- costituiscono la leva più rilevante della politica economica del Paese;
- sono aree sensibili a rischi di pratiche corruttive.

A livello europeo sono visti nell'ottica della tutela della concorrenza e del mercato; in Italia, dopo la Legge n. 109/94, il Codice di cui al D.Lgs. n. 163/2006 è stato modificato, tuttavia, da ben 52 atti normativi e da sei Regolamenti Comunitari. In quest'ottica, si pensi che ciò ha comportato una grave incertezza applicativa ed un aumento del contenzioso: si consideri che la sola Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha reso 48 pronunce a partire dal 2011, dopo l'entrata in vigore del Codice. Oggi occorre recepire le Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014.

Il quadro normativo attuale si compone di 630 articoli, fra Codice e regolamento del 2010, e 37 allegati, ai quali vanno ad aggiungersi normative statali settoriali (appalti nella difesa, beni culturali) e norme sparse (legge di contabilità di Stato per i contratti di locazione, le cessioni ed altro), norme regionali (avuto riguardo alla competenza delle Regioni secondo le indicazioni della Corte Costituzionale).

Sul piano soggettivo il Paese è composto da circa 32 mila stazioni appaltanti con quattro tipologie di giudice competenti: amministrativo (gara), civile (contratto ed esecuzione), contabile (responsabilità dei soggetti pubblici), penale (illeciti perpetrati in gara e durante il contratto).

Le tre nuove Direttive hanno lo scopo di:

- rendere efficiente l'uso dei fondi pubblici;
- garantire la dimensione europea del mercato;
- fare degli appalti strumento di politica economica;
- promuovere la lotta alla corruzione.

Per raggiungere questi scopi le nuove Direttive propongono le seguenti novità:

- disciplina delle concessioni più dettagliata;
- Introduzione di nuovi strumenti di aggiudicazione, quali il partenariato per l'innovazione e il più ampio impiego del dialogo competitivo;
- Introduzione di strumenti elettronici di aggiudicazione e nella formazione dei progetti (ad es. il BIM);
- Utilizzo di forme di comunicazione elettronica;
- Centralizzazione della Committenza pubblica;
- Preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quindi totale inversione rispetto alla legge nazionale che ai tempi della L. n. 109/94 aveva fissato la preferibilità obbligata del prezzo più basso;
- Suddivisione in lotti, e motivazione di forme aggregate della commessa;
- Spazio alla sostenibilità ambientale;
- Tutela dei subappaltatori;
- Introduzione del Documento unico europeo di gara;
- Nuova disciplina sui conflitti di interesse;
- Risoluzione dell'appalto per gravi violazioni commesse in gara.

La Legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11 persegue non solo l'obiettivo del recepimento delle nuove Direttive, ma anche quello del riordino dell'intera materia nell'ottica della semplificazione, della prevenzione della corruzione e della tutela ambientale.

Si tratta di una delega "lunga": ben 71 principi di delega, contro i 4 della L. n. 62/2005.

Essa si compone dei seguenti principi:

- Trasparenza, digitalizzazione e accessibilità piena degli atti, ai sensi anche del cd. Accesso civico (art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013);
- Centralizzazione obbligatoria della Committenza pubblica;
- Qualificazione obbligatoria delle stazioni appaltanti;

- Istituzione dell'Albo dei Commissari di gara presso l'ANAC;
- Separazione tendenziale tra progettazione ed esecuzione, con conseguente limitazione sostanziale dell'appalto integrato;
- Regole specifiche per alcune tipologie di appalto: tutela del patrimonio artistico, servizi sociali e di ristorazione, appalti per la Protezione Civile;
- Rating di legalità e criteri reputazionali delle imprese;
- Conti correnti dedicati (CIG, *ex lege* n. 136/2010);
- Soccorso istruttorio essenziale non più oneroso;
- Limitazioni ai poteri del contraente generale (impossibilità che nomini RUP e DL);
- Superamento della Legge obiettivo;
- Introduzione della concorrenza nelle concessioni, specialmente dell'obbligo di appaltare a terzi nella percentuale dell'80%, seguendo le regole dell'evidenza pubblica dettate dal Codice;
- Introduzione del dibattito pubblico per assicurare la partecipazione della collettività nelle scelte delle grandi opere, anche urbane;
- Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- Rafforzamento dell'ANAC che assume un ruolo tale da divenire il regolatore del mercato degli appalti pubblici.

Per il raggiungimento di tali obiettivi si è ipotizzato:

- Un Codice snello, accompagnato da linee guida ANAC ed altri decreti ministeriali attuativi di natura regolamentare;
- Una maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti attraverso la loro riduzione numerica e la loro qualificazione;
- La suddivisione in lotti funzionali di minore importo per salvaguardare la piccola e media imprenditoria.

Il Governo ha scelto di verificare al 18 aprile il recepimento e il riordino: il 19 aprile 2016 è stato pubblicato in G.U.R.I. il D.Lgs. n. 50/2016.

Il Consiglio di Stato nel parere reso il 31 marzo scorso ha contestato dappprincipio il nome “codice degli appalti pubblici e delle concessioni” (anche le concessioni sono opere pubbliche); inoltre gli appalti non contengono i contratti attivi (locazioni, concessioni demaniali, concessioni de denaro pubblico).

Inoltre, ha ritenuto che il sistema con tanti atti attuativi anziché un regolamento è comunque un sistema innovativo, fissando un termine per la loro emanazione e specificandone oggetto ed efficacia giuridica. Inoltre, occorrerebbe una disciplina della fase transitoria in base al principio della cedevolezza dell'abrogazione delle disposizioni del regolamento sino al momento in cui la fonte sostitutiva entrerà in vigore.

Si possono identificare tre diverse tipologie di atti attuativi:

- I decreti del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti su proposta dell'ANAC;
- Le Delibere ANAC vincolanti;
- Le Delibere ANAC non vincolanti.

Secondo il Consiglio di Stato si tratta di atti legittimi perchè ricorribili.

Sempre il Consiglio ritiene che sia necessaria una riflessione sui seguenti istituti:

- Ambito di applicazione;
- Contratti esclusi e affidamento sotto la soglia comunitaria;
- Centralizzazione della Committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti;
- Requisiti morali ex art. 80 del nuovo codice;
- Separazione fra progettazione ed esecuzione;
- Dibattito pubblico;
- Appalti della Protezione Civile;
- Appalti nei settori speciali, per i quali sembra occorra maggior rigore;
- Concessioni;
- Affidamenti in house;
- Reintroduzione nella disciplina del subappalto il limite del 30%.

In generale è stato affermato dai giudici amministrativi che il divieto di *gold plating* previsto nella legge delega (e cioè il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle Direttive) è stato correttamente utilizzato anche laddove si è andati oltre nella regolazione specifica. È necessario che una buona legge abbia la chiarezza, la completezza, la sistematicità e la comprensibilità.

A parte questo, oggi è difficile dare un giudizio considerato che mancano:

- 16 decreti del MIT: pianificazione, opere soggette a dibattito pubblico, contenuto dei livelli di progettazione (il livello preliminare è stato sostituito con il progetto di fattibilità tecnico-economica), requisiti dei progettisti, modalità di pubblicazione di bandi ed

avvisi, tariffa dei commissari di gara, documentazione per la banca dati, modalità di qualificazione, individuazione delle categorie superspecialistiche, albo dei RUP e dei collaudatori nel caso di contraente generale, modalità tecniche del collaudo, attività del direttore dei lavori, attività del direttore dell'esecuzione per servizi e forniture, compensi degli arbitri;

- 15 atti dell'ANAC: **attualmente, sono state presentate per la consultazione *on line* e scadenza al 16 maggio 2016 le prime Linee guida relative, fra l'altro, agli albi dei commissari, ai DL e ai DEC.**

Le Linee guida, in generale, disporranno per: le procedure sotto la soglia, compiti del RUP, modalità di qualificazione delle stazioni appaltanti, bandi tipo, requisito per l'Albo dei commissari di gara, mezzi di prova delle cause di esclusione dalle gare, qualificazione delle imprese nei settori ordinari, sistema di premialità e di penalità per le imprese con relative sanzioni, SOA e sistema di vigilanza, qualificazione per le imprese fallite e in concordato preventivo (anche con continuità aziendale), affidamenti dei concessionari, criteri dell'Albo stazioni appaltanti che possono affidare in house, requisiti di qualificazione del contraente generale;

- 4 decreti PCM: procedure per verifica di eventuale interesse archeologico, centrali di committenza dei comuni non capoluogo di provincia, requisiti delle centrali di committenza, organizzazione della cabina di regia;
- 15 decreti Interministeriali: appalti all'estero, criteri di sostenibilità ambientale, digitalizzazione delle procedure, polizze tipo per garanzia di esecuzione, regole per appalti ospedalieri, qualificazione per appalti nei beni culturali, regole per buoni pasto, regole per gli appalti del Ministero della Difesa, monitoraggio delle infrastrutture, compiti del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

II.

Il nuovo Codice nella relazione d'accompagnamento del Consiglio dei Ministri.

La legge 28 gennaio 2016, n. 11, approvata in via definitiva dalle Camere il 14 gennaio 2016 e pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 23 del 29 gennaio 2016, ha delegato il Governo a recepire le tre direttive del Parlamento europeo, rispettivamente la 2014/23/UE sui contratti di concessione, la 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e la 2014/25/UE nei settori speciali, nonché a riordinare la disciplina vigente in un unico testo denominato «codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», integrandolo con le disposizioni relative alla concessioni. La delega ha,

inoltre, previsto che il decreto di recepimento, oltre a disporre l'abrogazione del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, del regolamento di attuazione e di altre disposizioni incompatibili, preveda opportune disposizioni di coordinamento, transitorie e finali per assicurare, in ogni caso, l'ordinata transizione tra la previgente disciplina e la nuova, al fine di evitare incertezze interpretative ed applicative.

La legge delega ha dato al Governo la possibilità di scegliere se adottare entro il 18 aprile 2016 il decreto legislativo per il recepimento delle predette direttive e entro il 31 luglio 2016 il decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente, oppure di adottare, sempre entro il 18 aprile 2016, un unico decreto che assicurasse il corretto recepimento delle direttive e contestualmente introducesse nell'ordinamento, da subito, un sistema di regolazione nella materia degli appalti di lavori, forniture e servizi, coerente, semplificato, unitario, trasparente ed europeo.

Il Governo, anche in ossequio alle richieste che provenivano dalla Commissione europea nell'ambito del Gruppo "strategia appalti" appositamente istituito presso il Dipartimento per le politiche europee, ha scelto di esercitare tale facoltà e cioè di adottare un unico testo entro il 18 aprile 2016. **Il testo è stato approvato in via definitiva il 15 aprile 2016, emanato il 18 aprile e pubblicato in G.U.R.I. il 19 aprile. Si tratta del D.Lgs. n. 50/2016.**

Si legge nella citata relazione che "il nuovo codice, in attuazione dei principi di delega, si ispira a criteri di semplificazione, snellimento, drastica riduzione e razionalizzazione delle norme vigenti in materia, nel rispetto del divieto di gold plating, ossia di introdurre o mantenere di livelli di regolazione nazionali superiori a quelli minimi richiesti dalla nuove direttive europee.

Diversamente dal precedente, esso reca una disciplina auto applicativa. Non sarà, infatti, adottato, come in passato, un regolamento di esecuzione e di attuazione, ma verranno emanate, contestualmente, linee guida di carattere generale, da approvarsi con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC e previo parere delle competenti commissioni parlamentari. Le linee guida, quale strumento di soft law, contribuiranno ad assicurare la trasparenza, l'omogeneità e la speditezza delle procedure nonché a migliorare la qualità delle prestazioni e a fornire, al contempo, criteri unitari a garanzia del cittadino. Esse avranno valore di atto di indirizzo generale, in modo da consentire il loro aggiornamento costante e celere, coerentemente con i mutamenti del sistema. Dove sono stati previsti decreti amministrativi attuativi, comunque non di natura non regolamentare, è stata individuata, nel regime transitorio, una limitata salvezza temporale di alcune norme del regolamento, relative specificatamente alla contabilità, alle verifiche e ai collaudi, per consentire l'immediata applicabilità della nuova normativa.

Il codice è articolato per processi, snello, di facile consultazione, per assicurare una fruibilità da parte degli operatori, anche quelli meno esperti, dunque pensato per portare per mano coloro che “fanno gestione”, dal momento iniziale, in cui si decide di fare una procedura di affidamento, a quello finale, cioè al momento dell’esecuzione. Esso contiene, in particolare, una parte iniziale, dove sono definiti l’oggetto e l’ambito di applicazione, il riparto delle competenze Stato-regioni, le definizioni nonché i contratti esclusi in tutto, o in parte, dall’applicazione del codice medesimo e l’individuazione della specifica disciplina ad essi applicabile. La prima attività che una amministrazione è, infatti, tenuta a fare è verificare se la disciplina del codice si applica o meno.

Subito dopo è dettata la disciplina in tema di pianificazione, programmazione e progettazione. Un’amministrazione efficiente è, infatti, una amministrazione che sa pianificare e programmare. Un “buon progetto” diventa garanzia di un “buon appalto”: non ci può essere una buona opera, se non è ben progettata. Quindi si passa alle modalità di affidamento, individuando i principi comuni, che le amministrazioni applicano qualunque sia la tipologia di affidamento cui intendano ricorrere. Si tratta dei principi relativi alla trasparenza, economicità, efficacia, correttezza, tempestività, libera concorrenza, non discriminazione, applicabilità dei contratti collettivi al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto dei contratti, applicabilità dei principi della legge n. 241 del 1990, il RUP, le fasi delle procedure, i controlli sugli atti di affidamento e i criteri di sostenibilità energetica e ambientale.

Le parti successive, da II a IV, disciplinano le regole procedurali relative a ciascuna tipologia contrattuale (appalto, concessioni, altre tipologie contrattuali quali in house, contraente generale, strumenti di partenariato pubblico-privato, ricomprendendo in quest’ultimo il project financing, strumenti di sussidiarietà orizzontale, il baratto amministrativo, etc.). Si parte dal momento iniziale di tale processo, cioè dalla verifica della soglia comunitaria e dai requisiti di qualificazione della stazione appaltante - se cioè posso procedere direttamente all’indizione della gara o devo fare ricorso ad una centrale di committenza o ad un soggetto aggregatore - per poi passare alle modalità di affidamento e alla scelta del contraente, bandi, avvisi, selezione delle offerte, aggiudicazione, fino a giungere alla fase dell’esecuzione, della verifica e collaudo.

La parte V, in attuazione di un espresso principio di delega, contiene il superamento della “legge obiettivo” che avviene attraverso l’individuazione degli strumenti di pianificazione e programmazione delle infrastrutture e insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese e l’espresso richiamo dell’applicazione delle procedure ordinarie.

La parte VI, sul contenzioso, introduce un nuovo rito abbreviato in camera di consiglio sull’impugnativa dei motivi di esclusione, nonché disciplina i rimedi alternativi alla tutela

giurisdizionale (accordo bonario, esteso anche ai servizi e forniture, transazione e arbitrato). Viene poi regolata la Governance, che comprende le disposizioni finalizzate al rafforzamento dell'ANAC nel sostegno alla legalità, il ruolo del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, del Ministero delle infrastrutture e l'istituzione della Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, quale organo di coordinamento e monitoraggio.

Infine, sono previste le disposizioni transitorie, di coordinamento e le abrogazioni.

Con riferimento al contenuto del codice, un netto cambio di passo rispetto al passato è rappresentato dal fatto che il nuovo sistema è incentrato sulla qualità, sia con riferimento alla progettazione sia relativamente alla metodologia di scelta del contraente, nonché per l'attenzione posta ai sistemi di qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici.

Per quanto attengono, in particolare, le nuove disposizioni volte a favorire la qualità della progettazione, si superano lo studio di fattibilità e il progetto preliminare per passare al progetto di fattibilità, che rafforza la fattibilità tecnica ed economica del progetto. La progettazione deve assicurare il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività, la qualità architettonica e tecnico funzionale dell'opera, un limitato consumo del suolo, il rispetto dei vincoli idrogeologici sismici e forestali e l'efficientamento energetico. Il progetto di fattibilità, di nuova introduzione, sarà, infatti, redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche e geognostiche, di verifiche preventive dell'assetto archeologico, fermo restando che tra più soluzioni possibili il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve individuare quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività. Sempre al fine di promuovere la qualità della progettazione, analogamente a quanto avviene nei principali paesi europei, è stata prevista la progressiva introduzione di strumenti aperti di modellazione elettronica, perché migliori progetti vuole dire meno ricorso alle varianti che - come noto - sono state la causa principale del lievitare dei costi delle opere pubbliche e dell'allungamento dei tempi di realizzazione delle opere. Sempre a tal fine, è previsto che a base di gara sia posto il progetto esecutivo.

Quanto ai metodi di scelta del contraente, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che in precedenza rappresentava solo una delle alternative possibili a disposizione delle stazioni appaltanti, diviene, nel nuovo codice, il criterio di aggiudicazione preferenziale nonché obbligatorio per i servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e per quei servizi in cui è fondamentale l'apporto di manodopera (si pensi ad esempio ai servizi di pulizia): si tratta, infatti, di settori in cui prevale l'esigenza di qualità o di tutela dei lavoratori.

La qualità è poi assicurata anche attraverso la qualificazione richiesta sia agli operatori economici, per i quali è prevista una dettagliata disciplina che ne assicura qualità ed affidabilità, sia alle stazioni appaltanti, che sono obbligate a qualificarsi secondo standard predefiniti e secondo sistemi premianti che consentono, man mano che aumenta il livello di qualificazione, la possibilità di appaltare opere, lavori e servizi di importo più elevato e di maggiore complessità.

Altra novità rilevante è, poi, l'introduzione nel nuovo codice, così come richiesto dal legislatore europeo, di una disciplina dell'istituto della concessione. A tal fine vengono recepiti i principi contenuti nella direttiva 2014/23/UE prevedendo una disciplina unitaria per le concessioni di lavori, servizi e forniture e chiarendo che le concessioni sono contratti di durata, caratterizzati dal rischio operativo posto in capo al soggetto privato, il che implica che non è garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. Si prevede inoltre, che i soggetti privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici, già in essere alla data di entrata in vigore del codice, non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica, sono obbligate ad affidare una quota pari all'ottonata per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relative alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante le procedure ad evidenza pubblica. I concessionari di contratti già in essere si adeguano entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore della nuova normativa. La verifica di tale limite è effettuata dall'ANAC e dai soggetti preposti, secondo modalità e cadenza indicate dall'ANAC in apposite linee guida.

Non meno rilevanti sono le disposizioni sulla nuova disciplina del sistema delle garanzie. Viene eliminata la vecchia garanzia globale e sostituita da due diverse garanzie che devono essere rilasciate contestualmente: la garanzia definitiva, senza possibilità di svincolo, che permane fino alla conclusione dell'opera e la garanzia extracosti che copre il costo del nuovo affidamento in tutti i casi in cui l'affidatario viene meno e il maggior costo che viene praticato dal subentrante.

Tra le disposizioni volte a favorire la concorrenza, l'introduzione del documento di gara unico europeo, che consentirà un immediata apertura della concorrenza a livello europeo e l'immediata partecipazione degli operatori economici sulla base delle autodichiarazioni ivi contenute nonché le disposizioni che prevedono il graduale passaggio a procedure interamente gestite in maniera digitale, con conseguente riduzione degli oneri amministrativi, mediante la dematerializzazione degli atti e il ricorso generalizzato ai mezzi elettronici di comunicazione ed informazione

Il nuovo codice prevede, anche, numerose disposizioni a sostegno della legalità, a partire dal forte rafforzamento e potenziamento del ruolo dell'ANAC nel quadro delle sue funzioni di vigilanza, di promozione e sostegno delle migliori pratiche e di facilitazione allo scambio di informazioni tra

stazioni appaltanti. In tale contesto l'ANAC è chiamato ad adottare atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, così fornendo agli operatori costante supporto nell'interpretazione e nell'applicazione del quadro normativo. Tra le innovazioni a sostegno della legalità vanno ricordate anche quelle dirette a favorire l'indipendenza delle commissioni giudicatrici, mediante la previsione della scelta dei componenti delle Commissioni da un albo detenuto dall' ANAC, la specifica disciplina per i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza, per i quali viene potenziata l'attività di controllo da parte della Corte dei conti.

(...)

Il codice non prevede deroghe alla sua applicazione, ad eccezione dei settori esclusi esplicitamente previsti dalla direttiva e dei casi di somma urgenza, ossia al verificarsi degli eventi di cui all'articolo 2 comma 1 della legge 24 febbraio 1992 n. 225 ovvero nell'imminente previsione del loro verificarsi, nei quali si prevede che il soggetto che si reca per primo sul luogo (il RUP o il tecnico) possa disporre l'immediata esecuzione dei lavori entro il limite dei 200.000 euro o comunque di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità.

In coerenza con l'eliminazione del ricorso a procedure straordinarie, in attuazione di un espresso principio di delega, il codice prevede, inoltre, il superamento della "legge obiettivo" riconducendo la pianificazione e la programmazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari allo sviluppo del Paese, agli strumenti ordinari quali il Piano generale dei trasporti e della logistica (che contiene le linee strategiche delle politiche delle mobilità delle persone e delle merci nonché dello sviluppo infrastrutturale del paese, adottato ogni tre anni, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del CIPE, acquisito il parere della Conferenza Unificata e sentite le commissioni parlamentari competenti) e il Documento Pluriennale di Pianificazione di cui al decreto legislativo n. 228 del 2011. In sede di prima formazione del DPP, si prevede che il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti effettui, anche avvalendosi della Struttura tecnica di missione, una ricognizione di tutti gli interventi già compresi negli strumenti di pianificazione e programmazione vigenti alla data di entrata in vigore del codice (19 aprile 2016) e ne proponga l'inserimento nel primo documento pluriennale di pianificazione, che sostituisce tutti i precedenti (project review). Inoltre, per migliorare la capacità di programmazione e riprogrammazione della spesa per la realizzazione delle infrastrutture di preminente interesse nazionale è prevista l'istituzione, nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Fondo per la progettazione di fattibilità e la project review delle infrastrutture di preminente interesse nazionale nonché del Fondo da ripartire per la

realizzazione delle infrastrutture di preminente interesse nazionale. In sede di prima assegnazione delle risorse, sono conservati gli impegni già assunti e le assegnazioni effettuate con delibera CIPE, fatta salva la possibilità di riprogrammazione e di revoca secondo le modalità e le procedure stabilite con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Coerentemente con la soppressione della “legge obiettivo”, anche l'istituto del contraente generale, subisce una profonda rivisitazione e diventa un istituto a carattere generale. La stazione appaltante dovrà però adeguatamente motivare le ragioni poste alla base della scelta di far riferimento a questo istituto, in ragione della complessità e di altre esigenze al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed economicità. Inoltre, in recepimento di un espresso criterio di delega, è stabilito il divieto per il contraente generale di cumulo con l'incarico di direttore dei lavori. Il progetto posto a base di gara, in questo caso, sarà il progetto definitivo e non più il progetto preliminare. È eliminata la previsione della possibilità di ricorrere, nel caso di affidamento a contraente generale, alla procedura ristretta.

Cambia anche il sistema di qualificazione che viene attribuito all'ANAC. Viene creato, presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti recependo un espresso criterio di delega, un apposito albo nazionale cui devono essere obbligatoriamente iscritti i soggetti che possono ricoprire gli incarichi di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici aggiudicati con la formula del contraente generale. La loro nomina nelle procedure di appalto avviene mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo altresì che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati. Con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti saranno disciplinati le modalità di iscrizione all'albo e di nomina. Fino all'istituzione dell'albo, possono svolgere il ruolo di direttore dei lavori e di collaudatore i soggetti in possesso dei requisiti di cui alla vigente normativa, ferma restando l'incompatibilità con la funzione di responsabile unico del procedimento.

Infine, per garantire l'efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione e tempi certi nella esecuzione dei contratti, di assoluto rilievo è l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio. In particolare si prevede che i vizi relativi alla composizione della commissione di gara, all'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali sono considerati immediatamente lesivi e sono ricorribili innanzi al TAR entro trenta giorni dalla pubblicazione della composizione della commissione o dell'elenco degli esclusi e degli ammessi. Inoltre, l'omessa impugnazione di tali provvedimenti preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata nei successivi atti della procedura di gara anche con ricorso incidentale.

Sono poi previsti rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale quali l'accordo bonario, (esteso anche alle contestazioni per appalti di servizi e forniture, che è semplificato rispetto alla disciplina contenuta nel codice vigente in quanto è stato eliminato il ricorso alla Commissione e il procedimento deve concludersi entro 45 giorni dal ricevimento delle proposte), l'arbitrato (...), la transazione (quale rimedio esperibile solo in caso di impossibilità di ricorrere ad altri rimedi di risoluzione delle controversie). Sono poi inseriti altri rimedi quali il collegio tecnico consultivo (con funzioni di assistenza e non vincolante, al fine di giungere, nella fase dell'esecuzione, ad una rapida definizione delle controversie) e i pareri di precontenzioso dell'ANAC (prevedendo che l'Autorità esprima parere su iniziativa della stazione appaltante o di una delle parti su questioni insorte durante la procedura di gara). Il parere è vincolante e il mancato adeguamento della stazione appaltante determina la sanzione amministrativa pecuniaria da 250 euro a 25000 euro posta a carico del dirigente responsabile".

Gli operatori economici.

Come si evince dalla relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 50/2016, l'articolo 45 (Operatori economici), recepisce gli artt. 19 della direttiva 2014/24/UE e 37 della direttiva 2014/25/UE, e infine l'articolo 26 della direttiva 2014/23/UE, indicando i soggetti rientranti nella definizione di operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

La nozione di operatore economico, secondo quanto precisato nel 14 considerando della direttiva 2014/24/UE è interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare.

Tra i soggetti, rientranti nella definizione di operatori economici, sono inserite, le aggregazioni di imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge n 9 aprile 2009, n. 33. Rispetto al precedente Codice, viene introdotta la possibilità, per le stazioni appaltanti, di imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto. Inoltre, si stabilisce che le stazioni appaltanti possono imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e di lavori, nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione e di concessioni, il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione relativa allo specifico contratto.

La facoltà di richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti è ammessa solo se tali richieste sono proporzionate e giustificate da ragioni oggettive.

Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria

L'articolo 46 riprendendo, in parte, la disciplina contenuta nell'articolo 90 del decreto legislativo n. 163 del 2006, individua i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria, prevedendo che possano partecipare alle procedure in argomento:

- i prestatori di servizi di ingegneria e architettura, come individuati alla lettera a);
- le società di professionisti, come individuate alla lettera b);
- le società di ingegneria, come individuate alla lettera c);
- i prestatori di servizi di ingegneria e architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi (lett. d);
- i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle categorie sopra descritte;
- i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura. Fino all'adozione di apposite linee guida, le stazioni appaltanti individuano nel bando o nell'avviso con cui indicano la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, i requisiti di ammissione delle società di cui al comma 1. In tali ipotesi procedono, altresì, all'inoltro del bando o dell'avviso o dell'invito all'ANAC per i controlli di competenza.

Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare: l'articolo 47

Riformula quanto già disciplinato dal decreto legislativo n. 163 del 2006, prevede che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento delle società di professionisti e di ingegneria debbano essere posseduti e comprovati dagli stessi, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate. Viene quindi mantenuta la facoltà, in capo al consorzio, di decidere in che modo comprovare il possesso dei requisiti, se, cioè, con attribuzioni proprie e dirette del consorzio, oppure tramite quelle dei consorziati. La norma è di immediata applicazione in quanto, a differenza

della disciplina contenuta nel decreto legislativo 163 del 2006, che rinviava al regolamento, il possesso e la prova dei requisiti è effettuata con le modalità previste dal codice.

Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici

È la disciplina di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 163 del 2006 e definisce il raggruppamento temporaneo di tipo verticale e di tipo orizzontale per lavori e per i servizi e le forniture.

Come indicato dal Consiglio di Stato nel Parere reso il 31 marzo 2016, l'art. 48 non contiene le disposizioni che prima erano nel comma 11 dell'art. 37 del Codice abrogato; quindi si deve ritenere che per le opere di rilevante complessità tecnica/notevole contenuto tecnologico non sia più vietato il subappalto, ma trovi applicazione la disciplina generale attualmente prevista nell'art. 105 del nuovo Codice.

La disposizione individua, inoltre, i loro casi di ammissibilità, i requisiti e le responsabilità. In particolare si prevede la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Sono previste le modalità di qualificazione degli operatori appartenenti al consorzio. Sono poi previsti specifici divieti, tra cui quello di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti; di associarsi in partecipazione; di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta. L'inosservanza dei su elencati divieti comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti.

In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti. Ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza al mandatario. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata ed è gratuito e irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. In caso di inadempimento dell'impresa mandataria, è ammessa, con il consenso delle parti, la revoca del mandato collettivo speciale al fine

di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento.

Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante fino alla estinzione di ogni rapporto, anche se la stazione appaltante può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali. L'articolo, inoltre, dispone che in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto.

Nei medesimi predetti casi che riguardino, uno dei mandanti, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Si prevede, in aderenza a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato nella Ad. Pl. n. 8 del 4 maggio 2012, che il recesso di una o più imprese raggruppate esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso tale la modifica soggettiva non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici

L'art. 84 riprende quanto già previsto dall'articolo 40 del codice del 2006, dispone che i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 di euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione, di regola, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC. Al fine di rendere più efficaci i controlli funzionali al rilascio dell'attestazione si dispone che l'ANAC, con proprie linee guida, individui

livelli standard di qualità dei controlli che le SOA devono effettuare, con particolare riferimento a quelli di natura non meramente documentale, da verificare annualmente.

L'attività di monitoraggio e controllo di rispondenza ai suddetti livelli standard di qualità comporta l'esercizio di poteri di diffida, ovvero, nei casi più gravi, sospensione o decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'ANAC.

La disposizione prevede, quale elemento di novità rispetto al passato, l'effettuazione da parte dell'ANAC di una ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte dei soggetti attualmente operanti in materia di attestazione, provvedendo all'esito mediante diffida, sospensione, ovvero decadenza dall'autorizzazione nei casi di esercizio ritenuto non virtuoso. Con riferimento a tale ricognizione straordinaria si dispone che l'ANAC relazioni al Governo e alle Camere, allo scopo di fornire elementi di valutazione circa la rispondenza del sistema attuale di qualificazione unica a requisiti di concorrenza e trasparenza, anche in termini di quantità degli organismi esistenti ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di certificazione.

Si elencano, quindi, i requisiti di cui i predetti organismi attestano l'esistenza.

Inoltre, si dispone che il sistema unico di qualificazione degli esecutori di contratti pubblici è articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori. Viene demandato a linee guida dell'ANAC la disciplina anche dei criteri per la determinazione dei corrispettivi dell'attività di qualificazione, in rapporto all'importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate cui si richiede di essere qualificati, avendo riguardo anche alla necessaria riduzione degli stessi in caso di consorzi stabili nonché per le microimprese e le piccole e medie imprese.

La vigilanza sul sistema di qualificazione è attribuita all'ANAC, che, a tal fine, effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario. I poteri di vigilanza e di controllo sono esercitati anche su motivata e documentata istanza di una impresa ovvero di una SOA o di una stazione appaltante. Le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di effettuare controlli, almeno a campione, secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all'ANAC, che dispone la sospensione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti entro dieci giorni dalla ricezione dell'istanza medesima. E' previsto che sull'istanza di verifica l'ANAC provveda entro sessanta giorni, secondo modalità stabilite nelle linee guida. I controlli, comunque effettuati dalle stazioni appaltanti, costituiscono elemento positivo di valutazione ai fini dell'attribuzione della

premierità contemplata dalle disposizioni del codice (art. 38) in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti.

Al fine di garantire l'effettività e la trasparenza dei controlli sull'attività di attestazione posta in essere dalle SOA, l'ANAC predetermina e rende pubblico sul proprio sito il criterio e il numero di controlli a campione da effettuare annualmente sulle attestazioni rilasciate dalle SOA.

La violazione delle disposizioni meglio specificate nelle linee guida aventi ad oggetto la mancata consegna o il mancato inserimento di documenti, ovvero le dichiarazioni non veritiere, l'inottemperanza a diffide o ordini di sospensione, fatta salva l'eventuale sanzione penale, è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.

Sono, poi stabilite le modalità per l'irrogazione della sanzione da parte dell'ANAC, stabilendo anche che nei casi più gravi, in aggiunta alla sanzione amministrativa pecuniaria, si applica la sanzione accessoria della sospensione dell'attività di impresa per un periodo da un mese a due anni, ovvero della decadenza dell'autorizzazione. La decadenza dell'autorizzazione si applica sempre in caso di reiterazione della violazione che abbia comportato la sanzione accessoria della sospensione dell'attività.

Viene fissata in cinque anni la durata della qualificazione della SOA, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale indicati nelle linee guida.

Avvalimento

L'articolo 89, nel rispetto di quanto previsto nel criterio di delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettera zz), della legge 28 gennaio 2016 n. 11 e in attuazione dell'articolo 63 direttiva 2014/24/UE, prevede che l'operatore economico, singolo o in raggruppamento, per un determinato appalto possa soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Si prevede, altresì, che, per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui alla specifica parte dell'allegato ivi indicato, o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici abbiano la possibilità di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, soltanto se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o

i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'operatore economico che vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti deve dimostrare alla stazione appaltante l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari e, nel caso di dichiarazioni mendaci, la stazione appaltante esclude il concorrente ed esclude la garanzia. La stazione appaltante, a sua volta, verifica se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione, nel qual caso impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano i criteri.

La disposizione stabilisce, altresì, che il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara. E' ammesso, altresì, l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto (divieto del cd. avvalimento a cascata).

In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

Si prevede, inoltre, che la stazione appaltante, in relazione a ciascun affidamento, esegua in corso di esecuzione verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. Per tale finalità, si dispone che il responsabile unico del procedimento sia tenuto ad accertare in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

Si impone, quindi, alla stazione appaltante di trasmettere all'ANAC tutte le dichiarazioni di avvalimento e, infine, si precisa che l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante "Norme in materia ambientale". E' inoltre escluso l'avvalimento per le categorie superspecialistiche.