

## Il nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: prime note

pagerank: 5

Con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (G.U. 19 aprile 2016, n. 91, S.O. n. 10 e n. 11), in attuazione della delega conferita con la legge 28 gennaio 2016, n. 11, il Governo ha recepito le tre direttive europee in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, di appalti pubblici e di procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, ed ha operato il riordino di tutta la disciplina vigente. Numerose sono le novità del nuovo codice dei contratti pubblici, introdotte nell'ottica della semplificazione, dello snellimento dei procedimenti e della lotta alla corruzione e soprattutto nel segno dell'incremento dell'efficienza amministrativa e della competitività del Paese.

### Un nuovo codice dei contratti pubblici

Con il decreto legislativo approvato nella seduta del Consiglio dei ministri del 15 aprile 2016, firmato dal Presidente della Repubblica il 18 aprile 2016 e pubblicato nella Gazzetta ufficiale del 19 aprile 2016, è stato approvato il nuovo "codice dei contratti pubblici" (utilizzando, in mancanza di una espressa auto-qualificazione del nuovo testo normativo, la denominazione suggerita dal Consiglio di Stato, in luogo di quella di "codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" indicata dall'art. 1, c. 1, lett. b della legge delega). Si tratta di un provvedimento di grande rilievo non solo per lo svolgimento dell'attività amministrativa, nell'ottica della semplificazione, dello snellimento dei procedimenti e della lotta alla corruzione, ma soprattutto nel segno della maggiore efficienza amministrativa e competitività del Paese. L'iter che ha portato alla riforma è stato complesso ed ha richiesto un'approfondita attività di redazione, volta non solo (e non tanto) al recepimento delle direttive europee, quanto allo snellimento della normativa vigente. Infatti, tra le due opzioni che la legge delega (art. 1, c. 1) aveva lasciato al Governo, ossia di attuare la delega con due testi normativi (ossia un decreto legislativo di recepimento più un decreto di riordino), ovvero attraverso un unico decreto di recepimento e di riordino, è stata scelta la seconda opzione. Ciò ha comportato il rispetto dei termini stabiliti dalla disciplina europea (entrata in vigore entro il 18 aprile 2016), per cui si è resa necessaria un'accelerazione dell'iter normativo specie nella sua fase finale.

Numerose sono le novità del nuovo codice: innanzitutto, l'introduzione di una disciplina unitaria dei contratti e delle concessioni (anche per effetto della progressiva assimilazione dei due istituti da parte del diritto europeo, culminata con l'emanazione di una specifica direttiva); in secondo luogo, la fortissima semplificazione delle procedure, che si poggia su un ampliamento della discrezionalità delle amministrazioni e sul ruolo (di regolatore, controllore ed anche risolutore di controversie) dell'Autorità nazionale anticorruzione - ANAC; in terzo luogo, l'introduzione di numerose specifiche misure volte a dare maggiore efficienza al sistema.

Al fine di dare un rapidissimo cenno delle novità introdotte dalla nuova disciplina, la cui entrata in vigore è immediata (pur con numerose eccezioni, determinate dalla necessità di attendere l'emanazione - generalmente prevista entro novanta giorni - dei numerosi atti di attuazione), se ne indicheranno, in primo luogo, l'iter di attuazione della delega; in secondo luogo, l'organizzazione normativa (ossia, la "struttura") del nuovo codice; infine, si passeranno in rassegna alcune delle novità più rilevanti.

### L'iter per l'approvazione del codice

Con tre direttive europee (n. 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; n. 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE) sono state previste innovazioni alla disciplina nazionale, da attuarsi, attraverso il recepimento negli ordinamenti

nazionali, entro il 18 aprile 2016.

A tal fine, in Italia è stata emanata la Legge 28 gennaio 2016, n. 11, che ha conferito la delega al Governo. Già durante l'iter di approvazione della legge delega è stata avviata la predisposizione del testo del nuovo codice, di cui sono state predisposte diverse bozze nei mesi di gennaio e febbraio, fino alla versione "ufficiale" dello schema di decreto legislativo approvata dal Consiglio dei Ministri il 3 Marzo 2016.

Su tale schema (come previsto dall'art. 1, c. 3, della legge delega) si sono pronunciate le commissioni parlamentari competenti (v. i pareri relativi all'atto del Governo n. 283, favorevoli con condizioni e/o osservazioni, delle commissioni del Senato, consultabili sul sito internet del Senato e della Camera, il Consiglio di Stato (con un ampio parere, che consta di ben 228 pagine, del 1 aprile 2016, n. 855/2016) nonché la Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-città (con parere del 31 marzo 2016). A loro volta, tali pareri son stati frutto di un'ampia attività di consultazione e confronto: la Conferenza unificata ha fatto propri i pareri della Conferenza delle regioni e delle province autonome (CINSEDO), dell'Unione province d'Italia (UPI) e dell'Associazione nazionale comuni italiani (ANCI); il Consiglio di Stato ha preso in esame le osservazioni dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI), di Accredia, dell'Associazione italiana società concessionarie autostrade e trafori (Aiscat), dell'Alleanza delle cooperative italiane, dell'Associazione nazionale costruttori edili (ANCE), dell'Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA), dell'Associazione nazionale imprese edili manifatturiere (ANIEM), della Confederazione generale italiana del lavoro (CGIL), della Confederazione italiana sindacati lavoratori (CISL), della Confederazione nazionale dell'artigianato e della piccola e media impresa (CNA), del Consiglio nazionale degli architetti pianificatori paesaggisti e conservatori (CNAPPC), dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, della Confartigianato, della Confindustria, della Federazione industrie e costruzioni (FINCO), del Consiglio geometri e geometri laureati, del Consiglio nazionale degli ingegneri, dell'Associazione rete professioni tecniche (RPT), dell'Unione italiana del lavoro (UIL), dell'Associazione nazionale società organismo di attestazione (UNIONSOA), dell'Unione province d'Italia (UPI) e dell'Unione nazionale avvocati amministrativisti (UNA); le Commissioni parlamentari hanno svolto numerose audizioni (tra cui rileva quella del presidente dell'ANAC).

Sulla base delle criticità indicate in tali pareri, nonché di quelle emerse in altre sedi di confronto e dibattito, è stato elaborato un nuovo schema di decreto legislativo, che è stato approvato dal Consiglio dei ministri del 15 aprile 2016.

La disciplina transitoria (dettata in particolare dagli artt. 216 e 217) desta qualche preoccupazione, dal momento che è prevista una progressiva sostituzione delle vecchie norme man mano che saranno emanati gli oltre quaranta atti attuativi (generalmente da parte dell'ANAC o del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) o gli altri atti connessi: sarà quindi necessaria un'attenta attività di informazione ed aggiornamento nei confronti delle amministrazioni e degli operatori economici.

Per una più agevole comprensione del dettato normativo e, in particolare, della disciplina transitoria, consulta le Procedure operative di "Leggi d'Italia In Pratica - Appalti" che, schede sintetiche e pratiche per sapere sempre "come e quando agire" e "come approfondire".

Inoltre, probabilmente per la mancanza di tempo, non è stata messa mano ad una revisione delle norme contenute nella ormai antica legislazione di contabilità di Stato (tuttora vigente ed applicabile, pur se parzialmente ed in via residuale).

Si deve ricordare, che, in base a quanto stabilito dalla legge delega (art. 1, c. 8), entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive (cd. decreti correttivi) nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura indicate nella legge delega. Tali decreti, comunque, non potranno mettere in discussione le scelte di fondo già operate, ma potranno intervenire solo per garantire la qualità formale del testo (in tal senso, cfr. il parere del Consiglio di Stato, pag. 18).

## La struttura del nuovo codice dei contratti pubblici

Il nuovo codice dei contratti si presenta decisamente più breve e snello del precedente testo normativo (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e relativo regolamento di esecuzione ed attuazione, approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).

Vi è una riduzione del numero complessivo di articoli, che, come notato nel parere del Consiglio di Stato, passa da complessivi 630 articoli e 37 allegati a soli 220 articoli e 25 allegati (anche tenendo conto della prevista abrogazione del regolamento, che verrà sostituito da atti di "soft law"). In realtà, diversi degli articoli del nuovo codice dei contratti pubblici sono "articoli monstre", che constano di numerosi commi ed occupano numerose pagine (come nel caso dell'art. 3, che contiene le numerose definizioni). La differenza di "stock normativo" è comunque notevole, dal momento che il nuovo codice è poco meno di due terzi (quanto a numero di parole) del vecchio codice, senza tenere conto della soppressione del regolamento. Al di là del dato meramente quantitativo, è da considerare con attenzione il lavoro di riorganizzazione e semplificazione concettuale della nuova disciplina. Il nuovo codice si presenta infatti più snello e meglio strutturato del vecchio codice, di modo che ne è più semplice la lettura (che rimane però faticosa per l'eccessiva lunghezza di molti articoli e, spesso, l'utilizzo di eccessivi tecnicismi o di espressioni rivolte esclusivamente agli addetti ai lavori).

Il nuovo codice è articolato in sei parti. La prima parte contiene le norme volte a definire il suo ambito di applicazione, nonché alcune disposizioni comuni, come, in particolare, le definizioni (indicate all'art. 3), la specificazione dei contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione (artt. 4-20), le norme sulla pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 21-27) ed i principi comuni sulle modalità di affidamento (artt. 28-34).

La seconda parte, relativa ai contratti di appalto per lavori, servizi e forniture, è articolata in ben sei titoli, relativi, il primo, alla rilevanza comunitaria ed ai contratti sotto soglia (artt. 35-36); il secondo alla qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37-43); il terzo alla procedura di affidamento (suddiviso a sua volta in capi e sezioni: artt. 44-93); il quarto all'aggiudicazione per i settori ordinari (artt. 94-99); il quinto all'esecuzione (artt. 100-113) ed il sesto ai regimi particolari di appalto (ossia agli appalti nei settori speciali, nei servizi sociali, nel settore dei beni culturali, nei concorsi di progettazione e di idee, nei servizi ricerca e sviluppo ed in specifici settori: artt. 114-163).

La parte terza è relativa ai contratti di concessione (artt. 164-178); mentre la quarta al partenariato pubblico privato ed al contraente generale (artt. 179-199), la quinta alle infrastrutture e insediamenti prioritari (artt. 200-203) e la sesta alle disposizioni finali e transitorie (relative soprattutto ai rimedi ed alle disposizioni transitorie; artt. 204-220).

Le novità: tra semplificazione normativa e ampliamento della discrezionalità delle amministrazioni

Dopo aver dato conto della brevità e della migliore organizzazione - sotto il profilo dell'ordine e della strutturazione del testo normativo - si può sottolineare la scelta del legislatore volta a semplificare l'azione amministrativa, attraverso la riduzione dello "stock" di regole.

Si è già sottolineato in altra sede (v. M. Gnes, "La semplificazione normativa e amministrativa nel nuovo quadro degli appalti pubblici", in *Quotidiano giuridico* del 1 marzo 2016 e "Il divieto di "gold plating" nella legge delega sugli appalti pubblici", in *Quotidiano giuridico* del 23 marzo 2016) che la riduzione delle regole e l'ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione non costituisce sempre e necessariamente la soluzione per la migliore regolazione di una materia: a seconda delle specifiche situazioni occorre valutare se ridurre le norme e favorire l'incremento della discrezionalità, ovvero se incrementare le norme (al fine di rendere più chiara la disciplina).

In effetti, come sottolineato anche nel parere del Consiglio di Stato, alcune norme del codice (come quelle sulla centralizzazione obbligatoria della committenza, sulla qualificazione obbligatoria delle stazioni appaltanti, sull'istituzione di un albo dei commissari di gara, sulla separazione tra progettazione e

esecuzione, sui criteri reputazionali per gli operatori economici, sul conto corrente dedicato, sul dibattito pubblico sulle grandi opere) sembrano comportare un aumento della regolamentazione rispetto a quanto richiesto dalle direttive europee, in violazione del divieto di "gold plating". Tali norme sono però funzionali ad assicurare la realizzazione dei principi di trasparenza e concorrenza e quindi certamente giustificate.

Si può apprezzare la scelta della riduzione delle regole poste in via normativa, sostituite da strumenti flessibili riconducibili alla cd. "soft law". Tali atti sono, in realtà, riconducibili a tre diverse tipologie di linee guida (che sono comunque tutte impugnabili innanzi al giudice amministrativo). Vi sono, innanzitutto, i decreti ministeriali contenenti le linee guida adottate su proposta dell'ANAC, che sono veri e propri regolamenti (sottoposti al parere delle commissioni parlamentari ed al parere del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400). Quindi, vi sono le linee guida "vincolanti" dell'ANAC, che, pur non essendo regolamenti, ma atti equiparabili agli atti di regolazione di un'autorità indipendente, devono seguire alcune garanzie procedurali minime (consultazione pubblica, metodi di analisi e di verifica di impatto della regolazione, metodologie di qualità della regolazione, compresa la codificazione, adeguata pubblicità e pubblicazione, eventuale parere facoltativo del Consiglio di Stato: cfr. parere del Consiglio di Stato, pp. 39 ss.). Infine, le linee guida non vincolanti dell'ANAC hanno valore e funzione di indirizzo per le stazioni appaltanti e gli operatori economici.

Accanto alle "linee guida" (la cui inosservanza, in alcuni casi, è specificamente sanzionata: v. ad es. art. 84, c. 2), sono previsti altri strumenti di regolazione flessibile (come bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo, ecc.) predisposti dall'ANAC (cfr. art. 213).

In "Leggi d'Italia In Pratica - Appalti" sono consultabili tutte le Delibere, le Determine, i Comunicati, gli Atti di segnalazione, i Pareri, i Protocolli, in Bandi tipo, le Linee Guida dell'ANAC, oltre al nuovo codice dei contratti pubblici e a tutta la legislazione (comunitaria, nazionale, regionale), alla prassi amministrativa ed alla giurisprudenza di ogni ordine e grado inerente alla materia.

La diminuzione dello stock normativo ed il corrispondente incremento della discrezionalità delle amministrazioni e degli altri soggetti sottoposti alla disciplina corrisponde ad una nuova modalità di concepire la disciplina dei contratti pubblici. Si è infatti compreso che l'irrigidimento e l'incremento della complessità della disciplina, con cui, specie dopo gli scandali di Tangentopoli, si è cercato di dare una risposta ai problemi di corruzione ed inefficienza che caratterizzano l'attività amministrativa in generale e quella contrattuale in particolare, hanno invece sortito l'effetto opposto.

L'ampliamento della discrezionalità dei soggetti è volta non solo a superare le rigidità della vecchia disciplina, ma, soprattutto, a rafforzare la prevalenza del fattore qualitativo rispetto a quello quantitativo. L'esempio migliore, in tal senso, è la prevalenza data al criterio (per l'aggiudicazione dell'appalto) dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello dell'offerta al massimo ribasso (o del minor prezzo), il cui utilizzo non viene cancellato ma molto ridimensionato, in quanto può essere utilizzato solo in determinati casi (art. 95). Infatti, il criterio "meccanico" basato esclusivamente sul prezzo più basso, pur se sembrava limitare la discrezionalità dell'amministrazione (e, quindi, la possibilità di scelte arbitrarie ed il rischio di corruzione), aveva dato cattiva prova (in quanto spesso accadeva che gli imprenditori offrissero prezzi troppo bassi salvo poi riuscire ad aumentarli durante l'esecuzione).

Certamente, l'ampliamento della discrezionalità deve essere bilanciato con misure atte a favorire l'efficienza (attraverso la redazione di linee guida, scambi di best practices, ecc.) e con l'incremento dell'attività di controllo, verifica e di vigilanza, nonché con misure atte a garantire l'imparzialità delle commissioni di gara. L'attività di controllo è prevista in diversi momenti della procedura, ed in particolare: in via preventiva rispetto alla progettazione (art. 26); durante lo svolgimento dell'intervento da parte del responsabile unico del procedimento, il cui ruolo viene fortemente rafforzato ed ampliato (art. 31); sugli atti delle procedure di affidamento, attraverso l'approvazione da parte degli organi competenti (art. 33); e, ovviamente, sull'attività svolta, specie attraverso il collaudo (artt. 101 e 102, sulla base di apposite linee guida, emanate ai sensi

dell'art. 111). Viene dato rilievo all'attività di controllo svolta da parte delle stesse stazioni appaltanti: ciò costituisce un elemento per la valutazione delle premialità delle stesse (artt. 38 ed 84). Viene anche previsto uno specifico controllo da parte della Corte dei conti (tramite un proprio ufficio "organizzato in modo da salvaguardare le esigenze di riservatezza") sui contratti secretati (art. 162).

In generale, viene attribuito un potere di vigilanza e controllo, oltre che di regolazione, all'Anac, che ha il potere-dovere di trasmettere atti e rilievi agli organi di controllo, nonché, a seconda della rilevanza penale e di responsabilità erariale, alle Procure della Repubblica o della Corte dei conti (art. 213).

L'attività di controllo è volta anche, se non soprattutto, ad accertare i requisiti qualitativi del progetto esecutivo a gara (come si è fatto cenno sopra), delle stazioni appaltanti e degli operatori economici. Per quanto riguarda le stazioni appaltanti, è stato introdotto il principio che queste possano procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro (art. 37), ma, al di sopra di tali soglie, debbano possedere una specifica qualificazione sulla base dei requisiti tecnico organizzativi definiti dall'ANAC (art. 38).

Consulta in "Leggi d'Italia In Pratica - Appalti" le Formule (fac-simile di atti amministrativi, capitolati, istanze, delibere e modulistica) già preimpostate e completamente personalizzabili, archiviabili o stampabili, che agevolano le attività quotidiane di tutti gli operatori degli uffici della Pubblica Amministrazione.

Per quanto riguarda gli operatori economici, è di grande rilevanza l'introduzione di "rating di impresa", basati su "requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa" definiti dall'ANAC, tenendo conto, in particolare, "del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [...], nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto" e "della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti" (art. 83, c. 10).

Tra le misure atte a garantire l'imparzialità vi è la previsione della composizione delle commissioni di aggiudicazione mediante scelta e poi sorteggio dei nominativi tratti da un apposito albo istituito presso l'ANAC, nel rispetto del principio di rotazione. Per gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria (individuata all'art. 35 in base alla tipologia di appalto) nonché per quelli di minore complessità (specie nel caso di procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione), rimane la possibilità di nominare componenti interni alla stazione appaltante e comunque nel rispetto del principio di rotazione (art. 77).

Dalle leggi speciali alla programmazione pluriennale ed alla partecipazione dei cittadini

Tra le novità indicate nel nuovo codice dei contratti vi è il superamento del sistema della cd. "legge obiettivo". Tale sistema, introdotto con la 21 dicembre 2001, n. 443 ("Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive") aveva la funzione di creare una "corsia preferenziale" per il finanziamento, l'approvazione progettuale e l'esecuzione delle opere definite quali infrastrutture strategiche nazionali. Tuttavia, tale sistema, come emerge dalle relazioni svolte dal Servizio studi della Camera e dall'ANAC, non solo non aveva consentito di realizzare le opere ivi inserite, se non in una minima percentuale, ma, soprattutto, per effetto delle semplificazioni e concentrazioni di potere decisionale, aveva rappresentato un terreno fertile per lo sviluppo di pratiche corruttive. Per tale motivo, il nuovo codice dei contratti ne prevede espressamente l'abrogazione (art. 217, che prevede l'abrogazione dell'art. 1, c. da 1 a 5, della legge 21 dicembre 2001, n. 443).

Quindi, superando la logica dell'urgenza e della specialità, le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese saranno individuati attraverso due strumenti di pianificazione e programmazione generale: il piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL) ed il documento pluriennale di

dell'art. 111). Viene dato rilievo all'attività di controllo svolta da parte delle stesse stazioni appaltanti: ciò costituisce un elemento per la valutazione delle premialità delle stesse (artt. 38 ed 84). Viene anche previsto uno specifico controllo da parte della Corte dei conti (tramite un proprio ufficio "organizzato in modo da salvaguardare le esigenze di riservatezza") sui contratti secretati (art. 162).

In generale, viene attribuito un potere di vigilanza e controllo, oltre che di regolazione, all'Anac, che ha il potere-dovere di trasmettere atti e rilievi agli organi di controllo, nonché, a seconda della rilevanza penale e di responsabilità erariale, alle Procure della Repubblica o della Corte dei conti (art. 213).

L'attività di controllo è volta anche, se non soprattutto, ad accertare i requisiti qualitativi del progetto esecutivo a gara (come si è fatto cenno sopra), delle stazioni appaltanti e degli operatori economici. Per quanto riguarda le stazioni appaltanti, è stato introdotto il principio che queste possano procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro (art. 37), ma, al di sopra di tali soglie, debbano possedere una specifica qualificazione sulla base dei requisiti tecnico organizzativi definiti dall'ANAC (art. 38).

Consulta in "Leggi d'Italia In Pratica - Appalti" le Formule (fac-simile di atti amministrativi, capitolati, istanze, delibere e modulistica) già preimpostate e completamente personalizzabili, archiviabili o stampabili, che agevolano le attività quotidiane di tutti gli operatori degli uffici della Pubblica Amministrazione.

Per quanto riguarda gli operatori economici, è di grande rilevanza l'introduzione di "rating di impresa", basati su "requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa" definiti dall'ANAC, tenendo conto, in particolare, "del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [...], nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto" e "della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti" (art. 83, c. 10).

Tra le misure atte a garantire l'imparzialità vi è la previsione della composizione delle commissioni di aggiudicazione mediante scelta e poi sorteggio dei nominativi tratti da un apposito albo istituito presso l'ANAC, nel rispetto del principio di rotazione. Per gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria (individuata all'art. 35 in base alla tipologia di appalto) nonché per quelli di minore complessità (specie nel caso di procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione), rimane la possibilità di nominare componenti interni alla stazione appaltante e comunque nel rispetto del principio di rotazione (art. 77).

Dalle leggi speciali alla programmazione pluriennale ed alla partecipazione dei cittadini

Tra le novità indicate nel nuovo codice dei contratti vi è il superamento del sistema della cd. "legge obiettivo". Tale sistema, introdotto con la 21 dicembre 2001, n. 443 ("Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive") aveva la funzione di creare una "corsia preferenziale" per il finanziamento, l'approvazione progettuale e l'esecuzione delle opere definite quali infrastrutture strategiche nazionali. Tuttavia, tale sistema, come emerge dalle relazioni svolte dal Servizio studi della Camera e dall'ANAC, non solo non aveva consentito di realizzare le opere ivi inserite, se non in una minima percentuale, ma, soprattutto, per effetto delle semplificazioni e concentrazioni di potere decisionale, aveva rappresentato un terreno fertile per lo sviluppo di pratiche corruttive. Per tale motivo, il nuovo codice dei contratti ne prevede espressamente l'abrogazione (art. 217, che prevede l'abrogazione dell'art. 1, c. da 1 a 5, della legge 21 dicembre 2001, n. 443).

Quindi, superando la logica dell'urgenza e della specialità, le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese saranno individuati attraverso due strumenti di pianificazione e programmazione generale: il piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL) ed il documento pluriennale di

pianificazione (DPP). Il primo, contiene le linee strategiche delle politiche della mobilità delle persone e delle merci nonché dello sviluppo infrastrutturale del Paese ed è 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. Il secondo (secondo quanto stabilito dal d.lgs. 29 dicembre 2011 n. 228) è di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e contiene l'elenco degli interventi relativi al settore dei trasporti e della logistica la cui progettazione di fattibilità è valutata meritevole di finanziamento, ed è da realizzarsi in coerenza con il PGTL (art. 201).

Inoltre, le grandi opere saranno sottoposte a consultazione pubblica (su modello del *débat public* francese) (art. 22).

Sono state oggetto di revisione e semplificazione anche le disposizioni in materia di partenariato pubblico privato, in house e contraente generale (artt. 179-199).

Si può segnalare la codificazione dell'istituto del baratto amministrativo (già introdotto nell'ordinamento italiano dall'art. 11, c. 2, lett. f) del d.lgs. 14 marzo 2011, del n. 23 e poi dall'art. 24 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133 - cd. "Sblocca Italia"), per cui, sulla base dei criteri e delle condizioni stabilite dagli enti territoriali, per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale (e relativi alla pulizia, manutenzione, abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero alla loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati) possono essere concesse riduzioni o esenzioni di tributi (art. 190).

Semplificazioni procedurali, trasparenza, soccorso istruttorio e contenzioso

Accanto all'introduzione di maggiore flessibilità e discrezionalità è previsto un rafforzamento delle misure di trasparenza.

In particolare, è stato previsto l'obbligo dell'utilizzo della procedura di gara con pubblicazione del bando, anche per i contratti sotto la soglia di rilevanza europea (definita all'art. 35), distinguendo le procedure utilizzabili tra diverse fasce.

Per cui:

- a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta;
- b) per affidamenti di importi tra 40.000 e 150.000 euro per i lavori (o per le soglie di rilevanza europea per le forniture e i servizi), procedura negoziata previa consultazione di almeno cinque operatori economici;
- c) per i lavori di importi tra 150.000 e 1.000.000 di euro, procedura negoziata con consultazione di almeno dieci operatori economici;
- d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ricorso alle procedure ordinarie (art. 36).

Le misure di semplificazione sono volte soprattutto a tenere conto dell'utilizzo dei mezzi telematici. Tra tali strumenti è prevista la possibilità (ma, per ora, non l'obbligo, che potrebbe essere introdotto successivamente sulla base di un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) per le stazioni appaltanti di richiedere per le nuove opere, nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (cd. *building information modeling* - BIM) (art. 23, c. 1, lett h, e c. 13).

Di particolare interesse è l'introduzione del documento di gara unico europeo (DGUE), che consiste in un'autodichiarazione (su un modello stabilito da una norma europea, ossia il regolamento di esecuzione (Ue) n. 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016) dell'operatore economico che fornisce una prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi.

E' anche codificato l'istituto del soccorso istruttorio per cui "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo [...], con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica" può essere regolarizzata, su richiesta della stazione appaltante ed entro il termine (non superiore a dieci giorni) da questa stabilito. Sul problema dell'onerosità dell'istituto, su cui a lungo si è dibattuto, la soluzione operata dal codice (art. 83, c. 9) pare equilibrata: è prevista una sanzione pecuniaria (stabilita dal bando di gara), in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro (da versare solo nel caso di regolarizzazione) che però non si applica nel caso di "irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali". Viene anche previsto che, in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara e che costituiscono irregolarità essenziali non sanabili "le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

Infine, si può segnalare che, al fine di ridurre il contenzioso, è stato introdotto (all'art. 120 del codice del processo amministrativo) un nuovo rito abbreviato in camera di consiglio sull'impugnativa dei motivi di esclusione (art. 204) e sono stati previsti rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (artt. 205 e ss.).

Vuoi saperne di più?

Consulta "Leggi d'Italia In Pratica - Appalti", troverai le Guide, elaborati autorali che analizzano i principali argomenti di interesse in materia di appalti di lavori, servizi, forniture, focalizzando l'attenzione sui provvedimenti e sui principali orientamenti espressi dalla giurisprudenza.

(Altalex, 5 maggio 2016. Articolo di Matteo Gnes tratto da Il Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer)