

PARTE I
AMBITO DI APPLICAZIONE, PRINCIPI,
DISPOSIZIONI COMUNI ED ESCLUSIONI

TITOLO I
PRINCIPI GENERALI E DISPOSIZIONI COMUNI

Articolo 1
Oggetto e ambito di applicazione

1. Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.

2. Le disposizioni del presente codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti:

a) appalti di lavori, di importo superiore ad 1 milione di euro, sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, nel caso in cui tali appalti comportino una delle seguenti attività:

1) lavori di genio civile di cui all' allegato I;

2) lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche;

b) appalti di servizi di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, allorché tali appalti siano connessi a un appalto di lavori di cui alla lettera a).

c) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici;

d) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice;

e) lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il titolo presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo sche-

ma del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 60 o 61. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza.

3. Ai soggetti di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e), non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113. In relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo. Alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, si applica la disciplina prevista dai Testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica. Alle medesime società e agli enti aggiudicatori che affidino lavori, servizi, forniture, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e), numero 1), qualora ai sensi dell'articolo 28 debbano trovare applicazione le disposizioni della parte II ad eccezione di quelle relative al titolo VI, capo I, non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici che concedono le sovvenzioni di cui al comma 2, lettere a) e b), assicurano il rispetto delle disposizioni del presente codice qualora non aggiudichino esse stesse gli appalti sovvenzionati o quando esse aggiudichino tali appalti in nome e per conto di altri enti.

5. Il provvedimento che concede il contributo di cui al comma 2, lettere a) e b), deve porre come condizione il rispetto, da parte del soggetto beneficiario, delle disposizioni del presente codice. Fatto salvo quanto previsto dalle eventuali leggi che prevedono le sovvenzioni, il 50 per cento delle stesse può essere erogato solo dopo l'avvenuto affidamento dell'appalto, previa verifica, da parte del sovvenzionatore, che la procedura di affidamento si è svolta nel rispetto del presente codice. Il mancato rispetto del presente codice costituisce causa di decadenza dal contributo.

6. Il presente codice si applica ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, ad eccezione dei contratti:

a) che rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208;

b) ai quali il decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, non si applica in virtù dell'articolo 6 del medesimo decreto.

7. Il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale adotta, previo accordo con l'ANAC, direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, tenuto conto dei principi fondamentali del presente codice e delle procedure applicate dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte. Resta ferma l'applicazione del presente codice alle procedure di affidamento svolte in Italia. Fino all'adozione delle direttive generali di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 26.

8. I riferimenti a nomenclature nel contesto degli appalti pubblici e nel contesto dell'aggiudicazione di concessioni sono effettuati utilizzando il «Vocabolario comune per gli appalti pubblici» (CPV) di cui all'articolo 3, comma 1, lettera tttt)^{1 2}.

¹ Comma così modificato dall'art. 2, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Il testo previgente disponeva: 8. I riferimenti a nomenclature nel contesto degli appalti pubblici e nel contesto dell'aggiudicazione di concessioni sono effettuati utilizzando il «Vocabolario comune per gli appalti pubblici» (CPV) adottato dal regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio.

² V. artt. 1 e 32, D.Lgs. 12 aprile 2016, n. 163 (vecchio Codice dei contratti pubblici). In particolare l'art. 1 dispone: *Oggetto. 1. Il presente codice disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere.*

1-bis. Il presente codice si applica ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, ad eccezione dei contratti cui si applica il decreto di attuazione della direttiva 2009/81/CE e dei contratti di cui all'articolo 6 dello stesso decreto legislativo di attuazione.

2. Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica.

SOMMARIO: I COSA CAMBIA: 1. Il "nuovo" codice dei contratti pubblici - 2. Il Decreto correttivo del 2017 - 3. Il quadro normativo anteriore al nuovo codice dei contratti pubblici - 4. La legge delega n. 11/2016 - 4. Le direttive 23, 24 e 25 del 2014/UE. II INDICAZIONI OPERATIVE: 1. L'entrata in vigore del "nuovo codice" - 2. L'art. 1: Appalti e concessioni - 3. Le differenti tipologie di contratto. III QUESTIONI APERTE: 1. Le linee guida dell'ANAC: Natura e funzioni.

I COSA CAMBIA

1. Il "nuovo" codice dei contratti pubblici.

Il "nuovo" codice dei contratti pubblici" (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) è entrato in vigore il 19 aprile del 2016.

È stato adottato a dieci anni di distanza dal precedente (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Il nome che gli è stato attribuito non è né quello richiesto dalla **legge delega** (codice degli appalti pubblici ed delle concessioni), né quello suggerito dal **parere del Consiglio di Stato** (codice dei contratti pubblici), ma un nome molto lungo quale: *"Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"*.

Il "soprannome" di **codice dei contratti pubblici** si desume dall'art. 120, comma 2-bis del codice del processo amministrativo, come modificato dall'art. 204 del codice degli appalti (R. DE NICTOLIS, (1), 505).

Il "nuovo" codice dei contratti pubblici è composto da 220 articoli XXV allegati ed è stato **completato dalle linee guida ministeriali e dell'ANAC**, nonché da **svariati decreti ministeriali destinati a sostituire il precedente regolamento** (D.P.R. n. 207/2010), per un totale di 50 atti di varia tipologia e natura:

- 14 decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti;

- 15 atti dell'ANAC;

- 6 D.C.P.M.;

- 15 decreti di altri Ministeri.

È stato abbandonato, in tal modo, il sistema del **regolamento unico di attuazione**, a favore di un **sistema maggiormente articolato**.

Quanto alle dimensioni, il "nuovo" codice è di poco inferiore al vecchio codice del 2006 che, a seguito dei rimaneggiamenti subiti, è divenuto molto meno snello di quanto non fosse stato al suo esordio. Il codice del 2006 (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), infatti, era composto da 257 articoli e 22 allegati ed all'atto dell'abrogazione, era divenuto di 271 articoli e 22 allegati.

2. Il Decreto correttivo del 2017.

L'art. 1 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non è stato modificato dal correttivo del 2017.

Tuttavia, occorre premettere, proprio in sede di commento all'art. 1 del codice, il correttivo 2017 e riassumere brevemente l'iter che ha portato alla sua adozione.

L'art. 1, comma 8, della legge delega n. 11/2016 aveva previsto che, entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, il Governo potesse adottare disposizioni integrative e correttive, nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura dettati dalla delega per il codice (art. 1, comma 8, legge delega).

A quasi un anno dall'adozione del D.Lgs. n. 50 del 2016, il Governo ha deciso di avvalersi di tale facoltà, approvando, nella seduta del Consiglio dei ministri del 23 febbraio 2017, lo schema del decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Il Consiglio dei ministri, quindi, su proposta del Presidente Paolo Gentiloni e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti Graziano Delrio, ha approvato, in esame definitivo, un decreto legislativo correttivo del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, adottato a norma dell'articolo 1, comma 8, della legge delega n. 11 del 2016 e in esito alla consultazione pubblica.

L'intervento apporta modifiche e integrazioni al Codice, volte a perfezionarne l'impianto normativo, confermandone i pilastri fondamentali, in modo

da perseguire efficacemente l'obiettivo dello sviluppo del settore.

Nell'introdurre tali modifiche, il Governo ha tenuto conto delle consultazioni effettuate dal Parlamento, delle osservazioni formulate dall'ANAC e delle considerazioni del Consiglio di Stato. Sono state considerate, inoltre, le segnalazioni dei responsabili unici del procedimento, effettuate nell'ambito delle consultazioni della Cabina di regia istituita dallo stesso Codice, nonché quelle poste in essere in attuazione della legge delega, che prevedeva la consultazione, da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'ANAC, delle principali categorie di soggetti destinatari del provvedimento correttivo. Sono state, pertanto, esaminate 502 proposte di modifica pervenute dagli stakeholder, 94 proposte normative trasmesse dalla Cabina di regia e 110 richieste di modifica pervenute da soggetti non invitati formalmente alla consultazione pubblica, ma che hanno comunque inviato i propri contributi.

Il nuovo correttivo è stato approvato dopo il parere della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari.

Le principali modifiche apportate al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sono le seguenti:

- **modifiche** di coordinamento al fine di assicurare una più agevole lettura e interpretazione del testo;

- **integrazioni** dirette a migliorare l'efficacia e chiarire la portata di alcuni istituti, sulla base anche di quanto suggerito dal Consiglio di Stato, in sede consultiva;

- **modifiche** ad alcuni istituti rilevanti, conseguenti alle criticità evidenziate nella prima fase attuativa del Codice.

Inoltre, tra le novità introdotte vanno segnalate:

- **appalto integrato**, per il quale è stato previsto un periodo transitorio che prevede che l'appalto integrato sia possibile per gli appalti i cui progetti preliminari o definitivi siano stati già approvati alla data di entrata in vigore del codice e nei casi di urgenza;

- **progettazione**, per la quale è stata prevista l'introduzione obbligatoria dell'uso dei parametri per calcolare i compensi a base di gara;

- **contraente generale**, per cui si prevede una soglia minima pari a 150 milioni di euro per il ricorso all'istituto del contraente generale, per evitare che il ricorso all'istituto per soglie minimali concretizzi una elusione del divieto di appalto integrato;

- **varianti**, per le quali si integra la disciplina della variante per errore progettuale, specificando che essa è consentita solo entro i limiti quantitativi del *de minimis*;

- **subappalto**, per il quale è confermata la soglia limite del 30 per cento sul totale dell'importo contrattuale per l'affidamento in subappalto;

- **semplificazioni procedurali**, poiché in caso di nuovo appalto basato su progetti per i quali risultino scaduti i pareri acquisiti, ma non siano intervenute variazioni, vengono confermati i pareri, le autorizzazioni e le intese già rese dalle amministrazioni;

- **manutenzione semplificata**, che viene definita da un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e nel limite di importo di 2 milioni e mezzo di euro;

- **dibattito pubblico**, che sarà effettuato sui progetti di fattibilità tecnica economica e non sui documenti delle alternative progettuali come nel testo approvato in via preliminare;

- **costo della manodopera**, per la quale si prevede la specifica individuazione ai fini della determinazione della base d'asta;

- **albo dei collaudatori**, per il quale è stato inserito l'obbligo, per le amministrazioni, di scegliere i collaudatori da un apposito albo.

3. Il quadro normativo anteriore al nuovo codice dei contratti pubblici.

I contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture sono stati disciplinati, fino ad oggi, dal D.Lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), dal D.P.R. n. 207/2010 (regolamento di esecuzione e attuazione del codice), nonché da una serie di altri atti normativi per settori specifici (difesa, sicurezza, beni culturali).

Il codice del 2006 ha recepito le direttive **17 e 18 del 2004**, rispettivamente relative ai **settori ordinari** ed ai **settori speciali**. Con detto codice è stata sostituita la c.d. legge Merloni (L. 11 febbraio 1994, n. 109), nata in un periodo storico del tutto particolare per lo Stato italiano, impegnato a fronteggiare la questione Tangentopoli e caratterizzata, quindi, da un regime degli appalti di assoluto rigore, per limitare ogni discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Anche il codice del 2006, in ragione del contesto italiano, non ha recepito tutti gli strumenti di flessibilità previsti dalle due direttive del 2004.

Pertanto, la legislazione anteriore al nuovo codice, regolata da una **pluralità di fonti**, era caratterizzata da una forte complessità sul piano soggettivo e procedurale, con notevoli **incertezze sulle regole da applicare** e conseguente accrescersi del contenzioso.

In particolare, il contenzioso degli appalti (R. DE NICTOLIS, (1), 506), che rappresentava la mag-

gior parte del contenzioso del giudice amministrativo (dati AIR), era diviso tra:

- giudice amministrativo per la fase della gara;
- giudice ordinario/arbitri per la fase dell'esecuzione;
- giudice contabile per il controllo sulla responsabilità dei soggetti pubblici coinvolti nella programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- giudice penale per l'accertamento e la repressione degli illeciti penali perpetrati in fase di affidamento ed esecuzione (delitti contro la p.a., infiltrazioni criminali nelle gare, turbativa d'asta, frodi e reati ambientali nell'esecuzione dei contratti).

Inoltre, le regole del riparto di giurisdizione fra g.a. e g.o., non sempre di facile interpretazione ed applicazione, hanno creato contrasti giurisprudenziali con conseguente rallentamento dei giudizi.

4. La legge delega n. 11/2016.

L'iter della legge delega è stato lungo e complesso e per la sua adozione è stato necessario quasi tutto il biennio che il legislatore europeo aveva assegnato per il recepimento delle tre direttive appalti e concessioni, lasciando al Governo meno di tre mesi e costringendo gli organi consultivi ad una corsa mozzafiato.

La delega ha introdotto **ulteriori strumenti di tutela**, rispetto alle direttive, i quali se utilizzati in modo corretto porteranno trasparenza ed efficienza in un mercato condizionato da burocrazia e corruzione.

La delega si presenta molto dettagliata, composta di 59 lettere distinte, alcune sub articolate in numeri, per un totale di 71 principi delega.

Nel 2006, invece, la delega fu molto più sintetica ed articolata in soli quattro principi (art. 25 L. n. 62/2005).

La legge delega ha imposto l'adozione di un **unico testo normativo denominato "codice"** (art. 1, comma 1) ed ha richiesto allo stesso tempo che questo fosse snello, al fine di assicurare una *"ricognizione e riordino del quadro normativo"* ed una *"drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni"*, per un *"più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti"* (art. 1, comma 1, lett. d, legge delega).

Sotto l'aspetto sostanziale, la legge delega ha demandato al Governo il recepimento delle direttive nel rispetto del divieto di *"goldplating"*, ovvero il *"divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive"* (art. 1, comma 1, lett. a, legge delega) e di recepire gli strumenti di regolazione flessibile introdotti dalle direttive (art. 1, comma 1, lett. f, legge delega).

Va osservato, in primo luogo, che il divieto di *"goldplating"* non nasce con il recepimento delle Direttive appalti/concessioni del 2014, anche se il dibattito che ha accompagnato tale recepimento ha fornito al tema una risonanza in precedenza sconosciuta (C. CONTESSA, (2), 4).

In realtà, è già dal novembre del 2011 che il Legislatore ha imposto, in sede di recepimento delle direttive UE, il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie, fra cui *"l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari"* (in tal senso i commi 24-ter e 24-quater dell'articolo 14 della L. n. 246/2005, legge di semplificazione per il 2005, introdotti dalla L. n. 183/2011, legge di stabilità per il 2012).

5. Le direttive 23, 24 e 25 del 2014/UE.

Le **direttive 23, 24 e 25 del 2014**, adottate nell'ambito della c.d. strategia Europa 2020, si sono poste i seguenti obiettivi:

- rendere più **efficiente l'uso dei fondi pubblici** che vengono solitamente allocati mediante contratti pubblici;
- garantire la **dimensione europea del mercato** dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture, assicurando la tutela della concorrenza e vietando pratiche discriminatorie, tutelando la piccola e media impresa;
- fare un **uso strategico degli appalti pubblici**, come strumento di politica economica e sociale, promuovendo l'innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela dell'ambiente, la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione degli appalti pubblici e l'impiego dei soggetti svantaggiati;
- promuovere la **lotta alla corruzione** attraverso l'adozione di procedure più semplici e trasparenti.

II INDICAZIONI OPERATIVE

1. L'entrata in vigore del **"nuovo codice"**.

Il **codice** è entrato in vigore lo stesso giorno di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ovvero il 19 aprile 2016.

La legge delega ha imposto che siano garantiti *"in ogni caso l'effettivo coordinamento e l'ordinata transizione tra la previgente e la nuova disciplina"* (art. 1, comma 1, lett. b), legge delega).

Il regime transitorio e disciplinato dall'art. 216 al cui commento si fa apposito rinvio.

Tuttavia, si precisa che la **regola generale** è che le nuove disposizioni si applicano alle **procedure ed ai contratti per i quali i bandi e gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati a decorrere dal 19 aprile 2016**, data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, per cui dal 20 aprile in poi (art. 216, comma 1).

Come precisato nel comunicato congiunto del 22 aprile 2016 del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, Graziano Delrio e del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Raffaele Cantone, la disciplina del codice previgente continua a trovare applicazione alle *“procedure di scelta del contraente ed i contratti per i quali i relativi bandi o avvisi siano stati pubblicati in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GURI) ovvero in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GUCE) ovvero nell'albo pretorio del Comune ove si svolgono i lavori, entro la data del 18 aprile 2016. In caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, restano egualmente disciplinate dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le procedure di scelta del contraente in relazione alle quali, alla medesima data del 18 aprile 2016, siano stati inviati gli inviti a presentare offerta”*.

Ulteriori 26 regimi transitori sono contenuti in altrettanti commi dell'art. 216. Si tratta di regimi transitori legati all'adozione dei decreti attuativi previsti dal codice per cui nelle more, si applica, nei limiti di compatibilità, la vecchia disciplina, individuata da ciascun comma, con rinvio al D.P.R. n. 207/2010 e ad altra normativa di settore.

Pertanto, la disciplina del *“vecchio”* codice, nonché quella del regolamento, continua a trovare **applicazione non solo a procedure e o contratti per i quali i bandi sono stati pubblicati prima dell'entrata in vigore del “nuovo” codice**, ma anche ai nuovi affidamenti per i quali gli atti attuativi non sono ancora stati emanati.

2. L'art. 1: Appalti e concessioni.

Il codice è articolato in sei *“parti”*, che a loro volta sono suddivisi in *“titoli”*, *“capi”* e *“sezioni”*.

La *“parte”* I è suddivisa in quattro titoli e fissa i **principi generali** e i **disposizioni comuni** (Titolo 1).

L'art. 1 del *“nuovo codice”* ha recepito i principi di cui agli artt. 1, 13 e 23 della direttiva 2014/24/UE.

In ottemperanza a quanto stabilito dalla legge delega, con il codice si è non solo provveduto a **recepito le Direttive 23, 24 e 25** del 2014/UE, ma anche a **riordinare l'intera materia di appalti e concessioni**. L'art. 1 del *“nuovo”* codice ha accor-

pato gli art. 1, 2 e 32 del vecchio codice stabilendo che il codice *“disciplina i contratti di appalto e di concessioni”*.

Dall'analisi delle sistematica del codice si evince che le fattispecie negoziali autonomamente disciplinate sono tre.

Si tratta, quindi, di tre sistemi negoziali tra P. A. e privato. Le prime due fattispecie corrispondono a due sistemi tradizionali quali il *“contratto di appalto”* e di *“concessione”*. Il terzo sistema, invece, si basa su tre figure negoziali: il contratto di *“partenariato pubblico privato”*, il c.d. *“affidamento in house”* e *“l'affidamento al contraente generale”*. Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 1° aprile 2016, ha evidenziato che nel codice sono disciplinate **forme contrattuali non solo riconducibili agli appalti**, ma anche ad **altri tipi contrattuali**. Inoltre, **la nozione comunitaria di appalto è ben più lata e più ampia di quella del codice civile italiano** e, tuttavia, il codice dei contratti pubblici ha previsto figure contrattuali che non rientrano negli appalti veri e propri.

La suddivisione schematica usata dal legislatore può essere fuorviante perché in realtà le norme di principio contenute nella prima parte sembrerebbero trovare applicazione solo per gli appalti, quando, invece, si applicano anche alle altre figure negoziali contenute nel codice (C. M. MODICA DE MOHAC, (3), 10). Tali due sistemi sono per certi aspetti riconducibili ad unità per cui sono *“destrutturabili”*, come ha precisato il Consiglio di Stato, ovvero scomponibili e combinabili tali da formare *“sistemi integrati atipici o innominati”*.

Agli appalti ed alle concessioni è applicabile l'intera disciplina di gara:

- la disciplina di affidamento (artt. 44 - 93), nonché l'organizzazione della c.d. *“digitalizzazione delle procedure”*;

- la disciplina delle aggregazioni di soggetti partecipanti e la disciplina delle c.d. *“clausole sociali”* previste in alcuni bandi;

- l'organizzazione di tecniche e strumenti per la gestione dei c.d. *“appalti elettronici”*;

- la regola del ricorso al metodo della pubblicità dei bandi ed alle procedure di evidenza pubblica (procedure aperte e/o ristrette nell'ordinario ed a procedure negoziate in casi eccezionali) per la scelta del contraente;

- la disciplina della c.d. qualificazione dei partecipanti (requisiti generali, requisiti di idoneità tecnico - funzionale e finanziaria) e delle cause di esclusione;

- la disciplina dei criteri di aggiudicazione, delle modalità di comunicazione ai candidati ed agli offerenti, delle modalità e dei termini di ricezione delle offerte, nonché della fase esecutiva dei contratti.

L'omogeneizzazione fra i due sistemi discende dalla norma di rinvio di cui all'art. 164, che fissa i principi generali in tema di "contratti di concessione", richiamando l'intero corpo di norme dall'art. 33 all'art. 93 del codice, ovvero l'intera disciplina dei contratti di appalto.

La struttura procedimentale (regole di gara e regole di aggiudicazione) dei due "sistemi" di affidamento sarebbe stata di più facile lettura, e conseguente interpretazione ed applicazione, se le norme base fossero state raggruppate sotto una rubrica comune, come già si evince all'art. 1, comma 1 del nuovo codice.

Senza rinnegare le differenze che sussistono fra gli affidamenti in appalto ed affidamenti in concessione, si evidenzia come sussiste una normativa base di carattere generale applicabile ad entrambi i tipi di affidamento. Le differenze riguardano esclusivamente i presupposti di fatto che influiscono sulla determinazione della scelta, solo in parte discrezionale, di far ricorso all'uno o all'altro sistema.

3. Le differenti tipologie di contratto.

Il comma 2 dell'art. 1 ha recepito non solo i principi della direttiva, ma anche l'art. 32 del vecchio codice che era rubricato "Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori". In particolare, il comma 2 dell'art. 1 del "nuovo" codice ha recepito in parte il contenuto dell'art. 32, ma ha **innovato nell'indicare che le disposizioni del codice trovano applicazione**, altresì, all'aggiudicazione di una serie di contratti elencati in maniera più *soft* rispetto alla vecchia versione, sulla base della nuova logica derivante dal diritto comunitario della "soft law but law".

Si tratta in primo luogo dei contratti relativi:

a) ad appalti di lavori di importo superiore ad 1 milione di euro sovvenzionati al 50% da amministrazioni aggiudicatrici, per le seguenti attività: 1) lavori del genio civile; 2) lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari ed edifici destinati a funzioni pubbliche;

b) ad appalti di servizi di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35, sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici (nell'ipotesi in cui tali appalti siano connessi a un appalto di lavori di cui alla lettera a);

c) a lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici;

d) a lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche

diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice;

e) a lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione.

Inoltre, precisa la norma, l'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il richiedente il titolo presenti all'amministrazione stessa, all'atto della richiesta del titolo stesso, un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto.

L'amministrazione, poi, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 60 o 61.

L'oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, è rappresentato dalla progettazione esecutiva ed all'esecuzione dei lavori. L'offerta relativa al prezzo indica, in parti distinte, il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza.

Il comma 3 dell'art. 1 stabilisce che ai soggetti di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e), non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113 cui si fa rinvio per apposito commento.

Inoltre, precisa il medesimo comma, alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo.

Particolare attenzione è poi dedicata alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, alle quali si applica la disciplina prevista dai Testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica. Alle medesime società e agli enti aggiudicatori che affidino lavori, servizi, forniture, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e), numero 1), qualora ai sensi dell'articolo 28 debbano trovare applicazione le disposizioni della

parte II ad eccezione di quelle relative al titolo VI, capo I, non si applicano gli articoli 21, relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113. Anche in tale ultima ipotesi, nella fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

Il comma 4 precisa che le amministrazioni aggiudicatrici che concedono le sovvenzioni di cui al comma 2, lettere a) e b), assicurano il rispetto delle disposizioni del presente codice qualora non aggiudichino esse stesse gli appalti sovvenzionati o quando esse aggiudichino tali appalti in nome e per conto di altri enti.

Il provvedimento che concede il contributo di cui al comma 2, lettere a) e b), deve porre come condizione il rispetto, da parte del soggetto beneficiario, delle disposizioni del presente codice. Fatto salvo quanto previsto dalle eventuali leggi che prevedono le sovvenzioni, il 50 per cento delle stesse può essere erogato solo dopo l'avvenuto affidamento dell'appalto, previa verifica, da parte del sovvenzionatore, che la procedura di affidamento si sia svolta nel rispetto del presente codice.

Infine, è prevista una misura sanzionatoria per cui il mancato rispetto del presente codice costituisce causa di decadenza dal contributo.

Il comma 6 è dedicato all'applicabilità del nuovo codice ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, ad eccezione dei contratti:

a) che rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208;

b) ai quali il decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, non si applica in virtù dell'articolo 6 del medesimo decreto.

Il 7 comma ha stabilito che il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale adotti, previo accordo con l'ANAC, direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, tenuto conto dei principi fondamentali del presente codice e delle procedure applicate dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte. Resta ferma l'applicazione del presente codice alle procedure di affidamento svolte in Italia.

Anche in questo articolo, come sostenuto nel parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato, il ruolo dell'ANAC non è chiaro. In particolare, la formula "*d'intesa*" con ANAC è generica, poiché non è chiaro se si tratti di un parere o di un "*accordo*" vero e proprio.

Quanto al regime transitorio si precisa che, fino all'adozione delle direttive generali di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 28.

Il comma 8, infine, stabilisce che i riferimenti a nomenclature nel contesto degli appalti pubblici e nel contesto dell'aggiudicazione di concessioni sono ef-

fettuati utilizzando il "*Vocabolario comune per gli appalti pubblici*" (CPV) adottato dal regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio.

III QUESTIONI APERTE

1. Le linee guida dell'ANAC: Natura e funzioni.

La legge delega n. 11 del 2016 ha indicato per l'esercizio della delega alcuni punti fermi:

- il definitivo superamento del modello di **regolazione secondaria**;

- la previsione (apparentemente tassativa, ma da considerare ancora quale questione aperta) secondo cui la **regolazione sub - primaria resti demandata in modo esclusivo alle linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC**, approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e trasmesse, prima dell'adozione, alle competenti Commissioni parlamentari per il parere (art. 1, comma 5 legge delega).

Quale soluzione?

Parte della dottrina (C. CONTESSA, (2), 14 - 15) ritiene che si tratti di un **nuovo problema** che necessita di essere quanto prima risolto.

Il modello di **regolazione imposto dal legislatore del 2016** e trasfuso nel testo del nuovo codice presenta, infatti, diverse criticità.

La prima criticità consiste nel fatto che la legge delega non chiarisce, in modo adeguato, se il modello delle linee guida ministeriale/interministeriali e dell'ANAC (art. 1, comma 5) costituisca un **modello unico e tassativo di regolazione sub - primaria e/o un modello prevalente e/o un modello soltanto tendenziale**.

Il testo della legge delega sembra propendere per il **modello unico regolamentare**, anche se l'esame del "*nuovo*" codice sembra andare in una direzione del tutto diversa. Infatti, esaminando il testo di detta legge delega non solo emerge con evidenza che gli estensori non si siano ispirati al modello unico delle linee guida ministeriali/interministeriali e dell'ANAC, ma emerge con altrettanta evidenza che il nuovo codice **riconosca cittadinanza a decine di atti attuativi**, caratterizzati da forma, contenuto e modalità di adozione del **tutto differenziati**.

Questo metodo rappresenta, quindi, un elemento di **contraddizione rispetto ai principi di semplificazione e razionalizzazione** che hanno ispirato la legge delega.

La seconda criticità consiste nella difficile **qualificazione giuridica delle linee guida** con la con-

seguito **effettiva vincolatività**, l'eventuale **natura regolamentare e il regime di impugnabilità in giudizio**.

Non si tratta di **questioni astratte o meramente speculative**, ma di aspetti che avranno numerose ricadute pratiche sugli operatori del settore.

A tal proposito il Consiglio di Stato, nel parere n. 855/2016, ha ritenuto che le linee guida ed i decreti ministeriali/ interministeriali abbiano **efficacia innovativa** e siano dotati dei caratteri della **generalità ed astrattezza**.

Pertanto, a prescindere dal nome effettivo attribuito dalla legge delega e dallo stesso codice, tali atti devono essere considerati regolamenti ministeriali ai sensi dell'art. 17, comma 3 della legge n. 400/1988, con le dovute conseguenze in termini di:

- forza e valore dell'atto ovvero resistenza all'abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate, ed inapplicabilità nei limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa;

- implicazioni sulla potestà regolamentare riconosciuta alle regioni dall'art. 117, comma 6 Cost., tenendo conto che è stata riconosciuta alle stesse una potestà regolamentare anche in materia di contratti pubblici (**Corte cost., 23 novembre 2007, n. 40**).

Inoltre, rispetto alle regole codificate dall'art. 17, comma 3 della legge n. 400/1988 per i regolamenti ministeriali, la **legge delega rafforza il procedimento**, prescrivendo, in aggiunta, il parere delle competenti commissioni parlamentari.

Per quanto concerne, invece, le linee guida dell'ANAC, bisogna distinguere tra quelle che hanno carattere non vincolante e che sono atti amministrativi, da quelle che hanno carattere vincolante ed agli atti aventi le medesime caratteristiche ed in ogni caso riconducibili all'espressione "*altri atti di regolamentazione flessibile*".

Parte della dottrina (R. DE NICTOLIS, (1), 515) sostiene che il parere del Consiglio di Stato segua l'opzione interpretativa che coniuga la **valenza generale delle linee guida con la natura del soggetto emanante** (ANAC), che si configura quale autorità amministrativa indipendente con funzioni di regolazione.

Pertanto, le linee guida dell'ANAC vengono ricondotte alla **categoria degli atti di regolazione delle autorità indipendenti, che non sono veri e propri regolamenti ma atti amministrativi generali, di regolazione**.

Questa ricostruzione potrebbe risolvere tutta una serie di problemi applicativi poiché non pregiudica, ma conferma, quanto stabilito nella legge delega, dove si parla di "*strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante*".

Altra parte della dottrina (C. DEODATO, (4), 19) ha ritenuto, invece, secondo un'impostazione più vicina all'insegnamento tradizionale, basato sul sistema regolamentare dettato dalla Costituzione e dalla legge n. 400/1988, che le **linee guida dovrebbero servire da accompagnamento e da supporto alle pubbliche amministrazioni ed agli operatori di settore**, al fine di una più **idonea e facile attuazione della normativa primaria e secondaria**, in linea con le ragioni e gli scopi che hanno giustificato l'intervento regolativo. Le linee guida sarebbero, in tal modo, uno strumento di estrema efficacia per l'attuazione delle leggi di non facile interpretazione ed applicazione.

La terza criticità, avente carattere eminentemente pratico, riguarda il tema della **conoscibilità e reperibilità delle nuove linee guida**.

Al proposito è stato osservato che il modello del regolamento statale governativo presentava per gli operatori l'**indubbio vantaggio di consentire il reperimento nell'ambito di un unico testo tutte le disposizioni di interesse**, sia pure con tutti i suoi indubbi limiti che ne derivano.

Al contrario, il **nuovo modello di regolazione** sarà costituito da tutta una serie di **disposizioni di diversa natura e contenuto**, emanate in momenti diversi e pubblicate secondo modalità differenziate. Il che potrebbe onerare l'operatore del settore di una prima (e non lieve) difficoltà di carattere preliminare ovvero quella di individuare le linee guida di proprio interesse nell'ambito di numerosi e diversi sistemi di pubblicità.

Il Governo, dal canto suo, accogliendo sul punto un'indicazione resa dal Consiglio di Stato, ha imposto all'ANAC di pubblicare gli strumenti di regolazione flessibile di propria competenza "*con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento*" (articolo 213, comma 16).

Tuttavia, si evidenzia come il **superamento del modello regolamentare** e la sua sostituzione con una pluralità di modelli non fornisca agli operatori del settore i necessari elementi di chiarificazione.

BIBLIOGRAFIA: (1) R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in Urb. e app., 2016; (2) C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo "Codice": opportunità e profili di criticità*, 18 aprile 2016, in www.giustiziamministrativa.it; (3) C. M. MODICA DE MOHAC, *Sistemi di affidamento e settori esclusi*, in Italia Oggi, *Il nuovo codice degli appalti*, 27 aprile 2016; (4) C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, 28 aprile 2016, www.giustiziamministrativa.it.