

quale limite alla potestà legislativa regionale in materia di lavori pubblici³.

Il codice previgente aveva operato una qualificazione e ricognizione dei singoli ambiti disciplinati, riconducibili alla competenza legislativa statale esclusiva o alla competenza concorrente di Stato e Regioni.

Il nuovo art. 2 D.Lgs. n. 50/2016 si limita a statuire in termini generali sulle competenze legislative regionali; secondo la norma richiamata, infatti, *“le disposizioni contenute nel codice dei contratti sono adottate nell’esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto, mentre le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell’articolo 117 della Costituzione. Le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano, infine, adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione”*.

L’assetto delineato dal nuovo codice degli appalti è stato valutato dal Consiglio di Stato in sede di parere sulle disposizioni del decreto legislativo n. 50/2016, in linea con l’attuale contesto costituzionale in relazione, da un lato, alla riforma costituzionale in itinere che inciderà anche sul Titolo V della Costituzione e che avrà impatto anche sul riparto di competenze nella materia dei pubblici appalti e, dall’altro, in relazione alla considerazione secondo cui il “regolamento di confini” tra legislazione statale e regionale non spetta alla legge ordinaria ma alla Costituzione.

3. L’appalto pubblico nelle nuove Direttive comunitarie e nel D.Lgs. n. 50/2016: sintesi delle novità normative

Il 26 febbraio 2014 sono state adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio le nuove direttive comunitarie 2014/23/UE (sulla aggiudicazione dei contratti di concessione), 2014/24/UE (sugli appalti pubblici) e 2014/25/UE (sulle procedure nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi sociali)⁴.

³ Cfr, da ultimo, Corte Cost., 14 dicembre 2016, n. 263, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 19, comma 6, della legge della Regione siciliana, 12 luglio 2011, n. 12 (Disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), come sostituito dall’art. 1 della legge della Regione Sicilia 10 luglio 2015, n. 14, oltre alla illegittimità costituzionale dell’art. 19, commi 6 bis, 6 ter e 6 quater della legge della Regione siciliana, 12 luglio 2011, n. 12, come introdotti dalla legge della Regione Sicilia 10 luglio 2015, n. 14.

⁴ Il processo di revisione delle direttive del 2004 è iniziato con la pubblicazione da parte

Le direttive del 2014 non modificano in profondità l'assetto preesistente, ma lo aggiornano alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, completandolo con nuovi istituti e introducendo nuove regole per aspetti precedentemente non sottoposti alla disciplina degli appalti.

Punto di partenza della nuova disciplina appare essere la migliore allocazione delle risorse al dichiarato fine di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

In sintesi:

- si prevede la **qualificazione per le stazioni appaltanti**;
- si dà maggiore **vigore al principio della flessibilità degli strumenti negoziali** e si introducono **strumenti nuovi di negoziazione**;
- si **amplia l'utilizzo dell'informatica**, sia come forma di comunicazione e gestione di tutte le procedure (in prospettiva destinata a sostituire ogni altra forma di comunicazione), sia come tipologia di procedura (sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione);
- si **valorizzano i criteri ambientali e sociali** nella aggiudicazione degli appalti;
- si prevede una **disciplina compiuta delle concessioni**;
- si **introduce il documento di gara unico europeo**;
- si prevede quale **regola generale di aggiudicazione l'offerta economicamente più vantaggiosa**, restando residuale il criterio del prezzo più basso;
- si disciplinano in modo completo i **contratti misti**;
- si **disciplina il momento "esecutivo" del rapporto scaturente dall'appalto**;
- si prevede l'**obbligatorio ricorso alle centrali di committenza**, in alternativa alla qualificazione e in alcuni casi a prescindere dalla possibilità astratta di conseguire la qualificazione;
- si prevede la **separazione tendenziale tra progettazione ed esecuzione**;

della Commissione del Libro verde del 27 gennaio 2011, intitolato "*Modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*". Già nel Libro verde si individua come finalità della nuova disciplina la creazione delle condizioni affinché gli appalti pubblici possano svolgere un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020. La medesima finalità è ripresa nel considerando n. 2 della dir. 24/2014, ove si indica l'obiettivo "*di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale*".

- si prevedono **regole puntuali per gli affidamenti in house**;
- si dispone il **divieto di affidare al contraente generale i compiti di r.u.p. e direttore dei lavori**;
- si prevede un regime di maggior rigore per le concessioni autostradali;
- si prevedono **maggiori controlli per gli appalti segreti**;
- si disciplinano in modo specifico gli appalti della protezione civile;
- si disciplinano gli **strumenti precontenziosi e regole processuali volte a ridurre il tasso di conflittualità** nel settore.

4. I principi generali del Codice dei contratti pubblici

Il nuovo “codice dei contratti”⁵ si compone di 220 articoli e XXV allegati ed è diviso in sei Parti:

- la prima dedicata all’ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni (artt. 1-34);
- la seconda dedicata ai contratti di appalto per lavori, servizi e forniture, comprensiva sia della disciplina degli appalti nei settori ordinari che di quella degli appalti nei settori speciali, oltre che della disciplina di appalti in specifici settori, quali gli appalti relativi a beni culturali, gli appalti della protezione civile, gli appalti nei servizi sociali, i concorsi di progettazione, gli appalti relativi a difesa e sicurezza (artt. 35-163);
- la terza dedicata alle concessioni (artt. 164-178);
- la quarta dedicata al partenariato pubblico e privato e al contraente generale (artt. 179-199);
- la quinta dedicata a infrastrutture e insediamenti prioritari (artt. 200-203);
- la sesta recante disposizioni finali e transitorie, dove sono collocate anche le disposizioni sul contenzioso (rito appalti, transazione, ac-

⁵ La rubrica del D.Lgs. n. 50/2016 è stata così modificata dall’art. 1 del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56; come aveva rilevato il Cons. Stato nel parere n. 782 del 30 marzo 2017 reso in relazione alle disposizioni integrative e correttive al D.Lgs. n. 50/2016, “*Nella G.U. del 19 aprile 2016, con entrata in vigore lo stesso giorno (art. 220), è stato pubblicato il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. All’ultimo momento non ha preso né il nome chiesto dalla legge delega 28 gennaio 2016 n. 11 (codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione) né quello suggerito dal Consiglio di Stato (codice dei contratti pubblici), e ha ricevuto un nome ben più lungo: ‘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, gli è rimasto, legificato, nell’art. 120, comma 2-bis, c.p.a., oltre che nelle numerose disposizioni dell’articolato che hanno continuato a fare riferimento al “presente codice””.

cordo bonario, arbitrato, altri rimedi paragiurisdizionali) (artt. 204-220).

Ai sensi dell'art. 1, comma 2, della direttiva 24/2014 “*si parla di appalto quando una o più amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, indipendentemente dal fatto che i lavori, e forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno*”.

L'articolo 3 – rubricato “Definizioni” – recepisce gli articoli 2, 33, par. 1 della direttiva 2014/24/UE, 2, 3, 4, 29, par. 1, 51, par. 1 della direttiva 2014/25/UE, 5, 6, 7 e 13, par. 1 della direttiva 2014/23/UE.

Esso contiene le definizioni contenute nel codice, che comprendono quelle contenute nelle direttive europee, con i necessari adeguamenti in relazione all'assetto dell'ordinamento interno.

Rispetto al precedente codice, si tiene conto anche della legislazione nazionale intervenuta medio tempore, e sono, altresì, inserite nuove definizioni, tra cui, quella di *joint venture*, quale associazione tra due o più enti, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale e/o finanziaria.

Per la prima volta vengono introdotte le definizioni di: partenariato pubblico-privato, lavori complessi e opere incompiute, rischio operativo, rischio di costruzione, rischio di disponibilità, rischio di domanda.

Sotto un profilo di carattere generale occorre ricordare la distinzione tra **contratto attivo e passivo** della P.A.

Mentre i primi, infatti, sono produttivi di una **entrata** per l'Amministrazione (es. compravendita e locazione) e **sono assoggettati alla normativa in tema di contabilità pubblica** (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e successivi atti), i secondi risultano disciplinati dal Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016.

L'art. 3, comma 1, lett. ii), D.Lgs. n. 50/2016 definisce gli «appalti pubblici», come “*i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi*”.

Gli «**appalti pubblici di lavori**», sono definiti (lett. II) come i contratti stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici aventi per oggetto:

- 1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I;
- 2) l'esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera;
- 3) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente ag-

giudicatore che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera.

Gli «**appalti pubblici di forniture**», invece, comprendono i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione.

L'oggetto del contratto di fornitura, al contrario dell'appalto di lavoro o di servizio, che consiste in un *facere*, consiste in un *dare*⁶.

La difficoltà incontrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza è stata, in particolare, quella relativa alla individuazione delle linee distintive tra appalto di lavori ed appalto di fornitura; si è così fatto riferimento al criterio oggettivo della prevalenza del costo del bene fornito rispetto al costo della prestazione di lavoro ovvero a quello soggettivo riguardante la prevalenza funzionale, secondo l'intenzione dei contraenti (Cass., 13 luglio 1996, n. 6361), ovvero ancora al criterio della ordinaria produzione (ex art. 1, comma 5, L. 19 luglio 1941, n. 771).

Gli «**appalti pubblici di servizi**» sono definitivi (lett. ss) come quei contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lettera II).

Quanto al **contratto di concessione**, occorre rilevare come lo stesso rappresenti un tipico **strumento collaborativo** tra privato e P.A., **caratterizzato dalla gestione in capo al privato in luogo del corrispettivo** e, conseguentemente, dal **rischio di impresa in capo allo stesso**⁷.

⁶ Cons. Stato, Sez. V, 7 dicembre 2015, n. 5549 «*Nelle gare pubbliche, secondo la disciplina contenuta nell'art. 11, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta, con la conseguenza che essa non tiene luogo del contratto; da ciò deriva che, in caso di appalto di fornitura, il bene oggetto dell'aggiudicazione viene acquisito al patrimonio giuridico dell'Amministrazione solo a seguito della stipula del contratto, che secondo quanto disposto dal comma 13 dall'art. 11, d.lg. n. 163 del 2006, deve essere concluso a pena di nullità secondo le forme ivi previste*».

⁷ Cfr. F. Caringella, *Il sistema del diritto amministrativo. 3. I nuovi contratti pubblici*, Dike, 2017, p. 17 «*In primo luogo, la gestione implica il trasferimento della relativa responsabilità. Questa, a sua volta, investe sia gli aspetti tecnici che quelli economico-finanziari della gestione. In altri termini, l'alea tecnica, economica e finanziaria relativa alla gestione deve essere trasferita dal concedente pubblico al concessionario privato. Pertanto, se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea garantendo, ad esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento rischio viene a mancare. Così, spetta al concessionario (e non al concedente) effettuare gli investimenti necessari affinché l'opera o il servizio siano messi a disposizione dell'utenza di riferimento e, al contempo, sopportarne l'onere di ammortamento. E ancora, è il concessionario ad assumere i rischi inerenti alla gestione e all'uso abituale dell'opera, oltre a quelli propri dell'attività di costruzione (o, nel caso di servizio,*

La nuova direttiva 2014/23/UE all'art. 5 comma 1 lett. a), definisce la **concessione di lavori** come “*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo*” e la **concessione di servizi** come “*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”.

La definizione è ora contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. uu) (*concessione di lavori, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere*) e lett. vv) («*concessione di servizi*», *un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi*”).

Occorre subito rilevare come a seguito del decreto legislativo correttivo della disciplina degli appalti⁸, la definizione di concessione di lavori

di approntamento dello stesso). In secondo luogo, il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dagli utenti (pedaggi, canoni, ecc.) per un determinato periodo di tempo coincidente con la durata della concessione. Di qui, un ulteriore elemento discrezionale rispetto all'appalto. Nella concessione, infatti, la parte privata non è remunerata direttamente dalla P.A., ma ottiene da questa il solo diritto di sfruttare l'opera realizzata, tramite la percezione dei relativi proventi da parte dell'utenza. In altri termini, nel vincolo sinallagmatico concedente pubblico-concessionario privato si inserisce un terzo soggetto (l'utente); il quale, usufruendo dell'opera o del servizio, ne sosterrà, da ultimo, il costo di costruzione, remunerandone la gestione”.

⁸ Il decreto correttivo, che apporta numerose modifiche al Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, è stato adottato ai sensi dell'articolo 1, comma 8, della legge n. 11 del 2016, che prevede che – entro un anno dalla data di entrata in vigore di tale decreto legislativo (19 aprile 2016) – il Governo può adottare disposizioni integrative

è stata rivista con la previsione che, per il tramite di tale contratto a titolo oneroso, la stazione appaltante possa affidare – oltre alla prevista esecuzione di lavori – anche la **progettazione esecutiva e l'esecuzione**, ovvero la **progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori**.

La modifica in esame riproduce quanto contenuto nell'art. 3, comma 11, del previgente Codice dei contratti pubblici (D.lgs n. 163 del 2006) recante la definizione di “concessioni di lavori pubblici”, in cui si considera, tra l'altro, tale contratto a titolo oneroso, quale contratto avente ad oggetto, **l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori**.

Il nuovo codice si occupa espressamente, come vedremo, sia della concessione di costruzione e gestione (cd. concessione di lavori pubblici), sia di quella di servizi (non prevista dalle disposizioni del vecchio D.Lgs. n. 163/2006).

Il recente decreto correttivo al codice degli appalti prevede integrazioni e modificazioni all'articolo 3 del Codice, recante le definizioni contenute nel medesimo Codice.

In particolare, sono state introdotte ulteriori definizioni in tema di **lavori di categoria prevalente e di categoria scorporabile, manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria, unicità dell'invio, unità progettuale, documento di fattibilità delle alternative progettuali, programma biennale degli acquisti di beni e servizi, programma triennale dei lavori pubblici, elenco annuale dei lavori, elenco annuale delle acquisizioni di forniture e servizi, quadro esigenziale, capitolato prestazionale e cottimo**.

In particolare, l'art. 4, comma 1, lett. a) del decreto correttivo aggiunge all'art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016, le lettere *oo-bis*, *oo-ter*, *oo-quater* e *oo-quinquies*, al fine di introdurre le nuove definizioni relative ai “**lavori di categoria prevalente**”, “**lavori di categoria scorporabile**”, “**manutenzione ordinaria**” e “**manutenzione straordinaria**”.

Secondo la nuova lettera *oo-bis*, è riconducibile ai “**lavori di categoria prevalente**” la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara.

Per la nuova lettera *oo-ter*, è riconducibile, invece, ai “**lavori di categoria scorporabile**” la categoria di lavori, individuata dalla stazione ap-

e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura disciplinata dalla medesima legge.

paltante nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro.

È stata seguita, sul punto, l'indicazione contenuta nel parere del Consiglio di Stato (n. 782/2017) che aveva rilevato la assenza di chiarezza della precedente formulazione dalla quale non risultava palese se il testo fornisse una definizione di *genus* e poi un'esemplificazione (come nella previgente disciplina del 2006-2010) o se le categorie scorporabili fossero solo quelle di importo superiore al 10% del totale o a 150.000 euro.

Come osservato dal Consiglio di Stato, infatti, *“Se l'incidenza quantitativa è un requisito generale sarebbe allora utile riformulare la definizione dei “lavori di categoria scorporabile” come “la categoria di lavori, individuata dalla stazione appaltante nei documenti di gara tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro ovvero ancora appartenenti alle categorie di cui all'articolo 89, comma 11”*.

Le due nuove lettere *oo-bis*) e *oo-ter*) riproducono in sostanza quanto previsto ai sensi del comma 2, dell'abrogato art. 108 del D.PR. 207/2010 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici), per cui per **categoria prevalente**, s'intende quella di importo più elevato tra le categorie costituenti l'intervento, mentre, ai sensi del successivo comma 3, le **ulteriori categorie generali e specializzate**, sono quelle che, a scelta del progettista in sede di redazione del progetto a base di gara, sono di importo singolarmente superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro.

Dal combinato disposto dei commi 2 e 3 sopra richiamati, si evince che il bando di gara deve necessariamente indicare, oltre alle lavorazioni che costituiscono la categoria prevalente (con il relativo importo), anche le lavorazioni (e il relativo importo) che superano le suddette soglie (10% dell'importo complessivo dell'appalto ovvero di importo superiore a 150.000,00 euro).

Il legislatore introduce, poi, due ulteriori definizioni alle lettere *oo-quarter*) ed *oo-quinquies*):

- la «**manutenzione ordinaria**», fermo restando quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione necessarie per eliminare il degrado dei manufatti e delle relative pertinenze, al trae di conservarne lo stato e la fruibilità di tutte le componenti, degli impianti e delle ope-

re connesse, mantenendole in condizioni di valido funzionamento e di sicurezza, senza che da ciò derivi una modificazione della consistenza, salvaguardando il valore del bene e la sua Nazionalità;

- la «**manutenzione straordinaria**», fermo restando quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali dei manufatti e delle relative pertinenze, per adeguarne le componenti, gli impianti e le opere connesse all'uso e alle prescrizioni vigenti e con la finalità di rimediare al rilevante degrado dovuto alla perdita di caratteristiche strutturali, tecnologiche e impiantistiche, anche al fine di migliorare le prestazioni, le caratteristiche strutturali, energetiche e di efficienza tipologica, nonché per incrementare il valore del bene e la sua funzionalità.

L'art. 4, comma 1, lettera b), del decreto correttivo modifica, come visto, la definizione riguardante la “**concessione di lavori**” contenuta nella lettera uu) dell'art. 3, D.Lgs. n. 50/2016, prevedendo che, attraverso tale contratto a titolo oneroso, la stazione appaltante affidi – oltre alla prevista esecuzione di lavori – anche la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori.

L'art. 4, comma 1, lett. c) del decreto correttivo modifica l'art. 3, comma 1, lett. zz), sostituendo la parola: “concessionario”, ovunque ricorra nella presente lettera, con le seguenti: “operatore economico nei casi di cui all'articolo 180” e al secondo periodo, dopo le parole: “in condizioni operative normali”, sono aggiunte le seguenti: “per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili”.

Sul punto, infatti, il Consiglio di Stato, già con parere in data 29.3.2017 n. 775 in tema di PPPC, aveva rilevato che l'art. 3, lett. zz) – con riguardo al c.d. rischio operativo – richiamava solo il “concessionario”, mentre l'art. 180, comma 8, faceva riferimento, oltre che alla concessione (di costruzione e gestione e di servizi) anche ad altre figure (la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedente).

La lettera f) sostituisce la vigente lettera aaaaa) dell'art. 3, precisando che le “**categorie di opere specializzate**” sono opere e lavori che, nell'ambito del processo realizzativo, necessitano di lavorazioni caratterizzate da una particolare specializzazione e professionalità.

La lettera h) aggiunge dopo la lettera ggggg) dell'art. 3, le nuove lettere da ggggg-bis) a ggggg-undecies), al fine di introdurre le definizioni di “**principio di unicità dell'invio**”, di “**unità progettuale**”, di “**documen-**

to di fattibilità delle alternative progettuali” di “programma biennale degli acquisti di beni e servizi”, di “programma triennale dei lavori pubblici”, dell’“elenco annuale dei lavori” e dell’“elenco annuale delle acquisizioni di forniture e servizi”.

La nuova lettera ggggg-*bis*) definisce “**principio di unicità dell’invio**”, il criterio secondo il quale ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente.

Ai sensi della medesima lettera ggggg-*bis*), tale principio si applica ai dati relativi a programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l’affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni.

La norma in esame è stata disposta per finalità di coordinamento con le modifiche recate dall’art. 116 del decreto correttivo all’art. 213, comma 8, del Codice, al fine di garantire l’accessibilità unificata delle informazioni sui contratti pubblici contenute nelle banche dati delle amministrazioni pubbliche coinvolte.

In tal senso si ricorda altresì che la norma testé introdotta sembra riprendere quanto indicato all’art. 6 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229 relativo al monitoraggio delle opere pubbliche, che, in particolare, prevede il principio di univocità dell’invio dei dati trasmessi a banche dati nazionali, tra cui, come indicato al comma 3 del medesimo art. 6, è prevista l’ANAC. Ai sensi dell’articolo 2 del medesimo D.Lgs n. 229/2011 è previsto l’obbligo di comunicare i dati anagrafici, finanziari, fisici e procedurali relativi alle opere pubbliche da realizzare rilevati mediante sistemi informatizzati, con cadenza almeno trimestrale, salvo differenti cadenze previste, alla banca dati istituita presso il Ministero dell’economia e delle finanze – Ragioneria Generale dello Stato, denominata “banca dati delle amministrazioni pubbliche”.

La nuova lettera ggggg-*ter*) definisce “**unità progettuale**”, il mantenimento, nei tre livelli di sviluppo della progettazione (l’art. 23 del Codice prevede: il progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progetto definitivo e il progetto esecutivo), delle originarie caratteristiche spaziali, estetiche, funzionali e tecnologiche del progetto.

La norma in esame risulta identica alla definizione contenuta nell’abrogato articolo 3, comma 1, lettera v) del D.PR. 207/2010, che definisce “**unità progettuale**”, unità per il mantenimento nei successivi livelli di sviluppo ed approfondimento – preliminare, definitivo ed esecutivo – delle originarie caratteristiche spaziali, estetiche, funzionali, strutturali e tecnologiche del progetto.

La nuova lettera *ggggg-quater*) definisce “**documento di fattibilità delle alternative progettuali**”, il documento in cui sono individuate ed analizzate le possibili soluzioni progettuali alternative ed in cui si dà conto della valutazione di ciascuna alternativa, sotto il profilo qualitativo, anche in termini ambientali, nonché sotto il profilo tecnico ed economico.

L'articolo 23 del Codice, che disciplina i livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi, prevede al comma 1 che la progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo. Il comma 3 dell'articolo 23 stabilisce che con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo siano definiti i contenuti della progettazione nei suddetti tre livelli progettuali e che fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, trovino applicazione le norme transitorie previste all'articolo 216, comma 4 del Codice (si tratta delle disposizioni che vanno dall'art. 14 all'art. 43 e dall'art. 239 all'art. 247 del D.P.R. 207/2010).

Secondo quanto disposto dall'art. 14 del citato D.P.R. 207/2010, qualora lo studio di fattibilità sia posto a base di gara, tra gli elaborati previsti la relazione illustrativa generale deve contenersi sia l'analisi delle alternative progettuali (dal punto di vista delle scelte tecnologiche, organizzative e finanziarie) sia lo studio dell'impatto ambientale riferito alla soluzione progettuale individuata e alle possibili soluzioni alternative.

In tale ambito, il Consiglio di Stato, nel parere del 10 gennaio 2017 n. 22 sullo schema di decreto ministeriale previsto dal citato articolo 23 comma 3 del Codice, ha evidenziato come il succitato schema di decreto abbia previsto la possibilità di articolare in due fasi il progetto di fattibilità, con la prima fase che si conclude con la redazione del “documento di fattibilità delle alternative progettuali”. Secondo il Consiglio di Stato, la suddivisione bifasica del primo livello di progettazione “non appare favorire la linearità della procedura” e andrebbe considerato che il Codice “sembra orientarsi più verso una concentrazione delle fasi”.

La nuova lettera *ggggg-quinquies*) definisce “**programma biennale degli acquisti di beni e servizi**”, il documento che le amministrazioni adottano al fine di individuare gli acquisti di forniture e servizi da disporre nel biennio, necessari al soddisfacimento dei fabbisogni rilevati e valutati dall'amministrazione preposta.

La nuova lettera *ggggg-sexies*) definisce “**programma triennale dei lavori pubblici**”, il documento che le amministrazioni adottano al fine di

individuare i lavori da avviare nel triennio, necessari al soddisfacimento dei fabbisogni rilevati e valutati dall'amministrazione preposta.

La nuova lettera ggggg-*septies*) definisce “**elenco annuale dei lavori**”, l'elenco degli interventi ricompresi nel programma triennale dei lavori pubblici di riferimento, da avviare nel corso della prima annualità del programma stesso.

La nuova lettera ggggg-*octies*) definisce “**elenco annuale delle acquisizioni di forniture e servizi**”, l'elenco delle acquisizioni di forniture e dei servizi ricompresi nel programma biennale di riferimento, da avviare nel corso della prima annualità del programma stesso.

La nuova lettera ggggg-*nonies*) definisce «**quadro esigenziale**» il documento che viene redatto ed approvato dall'amministrazione in fase antecedente alla programmazione dell'intervento e che individua, sulla base dei dati disponibili, in relazione alla tipologia dell'opera o dell'intervento da realizzare gli obiettivi generali da perseguire attraverso la realizzazione dell'intervento, i fabbisogni della collettività posti a base dell'intervento, le specifiche esigenze qualitative e quantitative che devono essere soddisfatte attraverso la realizzazione dell'intervento, anche in relazione alla specifica tipologia di utenza alla quale gli interventi stessi sono destinati.

La nuova lettera ggggg-*decies*) definisce «**capitolato prestazionale**» il documento che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali, anche per gli aspetti edilizi, infrastrutturali e ambientali, che deve assicurare l'opera costruita e che traduce il quadro esigenziale in termini di requisiti e prestazioni che l'opera deve soddisfare, stabilendone la soglia minima di qualità da assicurare nella progettazione e realizzazione.

La nuova lettera ggggg-*undecies*) definisce «**cottimo**» l'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati al cottimista e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto dell'eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, di apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore.

L'articolo 44 (Digitalizzazione delle procedure) in attuazione del criterio di delega di cui all'articolo 1 lettera i) stabilisce che entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono definite con decreto le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. La disposizione prevede, altresì, che siano definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'indi-

viduazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto.

L'articolo 29 del decreto correttivo modifica il comma 1 dell'articolo 44 del Codice, al fine di prevedere il concerto anche del Ministro dell'economia e delle finanze per l'emanazione del decreto ministeriale volto a definire le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni.

La norma previgente prevedeva che il decreto in questione dovesse essere emanato, entro un anno dall'entrata in vigore del Codice (quindi entro il 19 aprile 2017), dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché l'Autorità garante della privacy per i profili di competenza.

5. Le soglie

L'articolo 35 D.Lgs. n. 50/2016 in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della Direttiva 2014/23/UE, dell'articolo 4 della Direttiva 2014/24/UE, nonché dell'articolo 15 della Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 detta la disciplina sulle soglie di rilevanza comunitaria⁹.

⁹ Cfr. anche R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb app.*, 2016, 5, 503 “Le soglie sono, anzitutto e come di consueto, quelle comunitarie, che determinano l'applicazione delle direttive comunitarie e del diritto nazionale che costituisce loro recepimento. Le soglie comunitarie sono indicate nell'art. 35, che indica anche i metodi di calcolo del valore stimato degli appalti. Le soglie vengono sempre espresse in termini di “importo pari o superiore a”, laddove il sotto soglia va inteso in termini di “importo inferiore a”. Su tale terminologia il parere del Consiglio di Stato si è soffermato in relazione a molti articoli, che non sempre la rispettavano ingenerando confusione interpretativa. Altre soglie sono stabilite autonomamente dal legislatore nazionale a svariati fini; a titolo di esempio e senza pretesa di esaustività: – sono lavori complessi quelli che superano la soglia di €(euro) 15 milioni (art. 3, lett. oo); – soglie di €(euro) venti milioni e €(euro) un milione sono fissate ai fini di individuare le competenze ad effettuare le verifiche dei progetti (art. 26); – la soglia di €(euro) 40.000 è il limite degli affidamenti diretti (artt. 31 e 36), nonché della non necessità di qualificazione per le stazioni appaltanti per affidare servizi o forniture (art. 37) e della possibilità di affidare con il criterio del prezzo più basso i servizi di ingegneria, architettura e natura tecnica (art. 95); – le soglie di €(euro) 150.000 e €(euro) 1 milione rilevano, per i lavori, ai fini delle procedure semplificate di affidamento (art. 36); – la soglia di 150.000, per i lavori, rileva come limite al di sotto del quale non occorre la qualificazione SOA, e come limite entro cui le stazioni appaltanti possono fare gare senza essere qualificate; – la soglia di €(euro) 100 milioni è uno dei presupposti della garanzia di esecuzione di lavori di particolare valore (ex garanzia globale di esecuzione) (art. 104); – la soglia di €(euro) 200.000 è il limite per gli affidamenti diretti di somma urgenza (art. 163)”.

A tal fine, si prevede che le disposizioni del codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, sia pari o superiore alle seguenti soglie:

- euro 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- euro 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III, con la specifica che se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;
- euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;
- euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Con riferimento ai contratti pubblici nei settori speciali, la norma individua, altresì, il valore al netto dell'imposta sul valore aggiunto pari o superiore alle seguenti soglie:

- euro 5.225.000 per gli appalti di lavori;
- euro 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
- euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Si prevede, infine, la periodica rideterminazione di tutte le soglie di cui sopra mediante provvedimento della Commissione europea, che trova diretta applicazione alla data di entrata in vigore a seguito della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

La modifica introdotta dall'art. 24 del decreto correttivo al comma 1 dell'art. 35 è volta a sostituire l'*incipit* del comma 1 con le parole: “*Ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono:*”, eliminando il periodo “*Le disposizioni del presente codice di applicano ai contratti pubblici il cui importo al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alle soglie seguenti:*”.

L'intervento normativo, come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere n. 782/2017, non presenta carattere meramente formale, benché abbia anche la finalità di coordinamento del comma 1 con il comma 4 dello stesso

art. 35, il quale disciplina le modalità di calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture.

È stato eliminato, nella definizione delle soglie di rilevanza comunitaria, il riferimento all'importo "*pari o superiore a*", come previsto nella vigente formulazione in linea con le direttive comunitarie; in proposito il Consiglio di Stato (cfr. Commissione speciale del 21 marzo 2016) aveva già segnalato il mancato rispetto di tale prescrizione e un'assenza di coerenza tra le formulazioni utilizzate nel codice.

Sul piano sostanziale, l'innovazione ha l'effetto positivo di eliminare alcune incertezze riguardanti l'applicazione delle norme generali del codice ai contratti sotto soglia.

La precedente formulazione, infatti, poteva condurre ad affermare che trovassero applicazione solo le disposizioni espressamente richiamate dall'art. 36 o da altre specifiche disposizioni.

In questo senso, l'innovazione, pertanto, non è meramente formale ed è destinata ad avere importanti ricadute pratiche per il corretto svolgimento delle procedure sotto soglia.

L'articolo 36 D.Lgs. n. 50/2016, disciplina i contratti sotto soglia – in attuazione dei criteri di delega contenuti nelle lettere g), ff) e ii) – disponendo che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria avvengano nel rispetto dei principi relativi all'affidamento dei contratti pubblici esclusi nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Il decreto correttivo modifica il comma 1 dell'art. 36, precisando che il "principio di rotazione" si riferisce agli "inviti" ed agli "affidamenti" e che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti sotto soglia deve avvenire, in ogni caso, anche nel rispetto dei principi di cui all'art. 34 del codice (come modificato dall'art. 20 del correttivo), concernente i "criteri ambientali minimi" e 42 (concernente il contrasto alle frodi e alla corruzione nonché la prevenzione di ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione) e con possibile applicazione dell'art. 50 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi)¹⁰.

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, parere n. 782/2017 "*Il rilievo operativo della nuova regolamentazione proposta è evidente, poiché coinvolge l'attuazione dei principi di concorrenza, di accesso al mercato delle piccole e micro imprese, di semplificazione procedimentale per le stazioni appaltanti, di prevenzione della illegalità. L'innovazione intenderebbe collocare la rotazione già nella fase in cui l'amministrazione si rivolge al mercato, per delineare, eventualmente, la successiva competizione tra gli operatori interessati all'affidamento. Il meccanismo indicato, tuttavia, dovrebbe essere meglio chiarito. Sembrerebbe che l'intento sia quello di assicurare una piena turnazione degli inviti degli operatori che potrebbero aspirare al*

Salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria secondo le seguenti modalità:

- a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;
- b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
- c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
- d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie.

contratto. Dunque, in questa prospettiva, non sarebbero ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari. La precedente formulazione, invece, poteva intendersi nel senso che la turnazione si riferisse alla posizione di affidatario del contratto, legittimando la ripetizione di inviti alla stessa platea di operatori. Si tratta di una soluzione che, astrattamente, amplia la base degli operatori economici coinvolti nelle procedure di affidamento. Si deve osservare, però, che in tal modo, si pongono sullo stesso piano i precedenti aggiudicatari e i precedenti concorrenti. Sarebbe preferibile, invece, evidenziare che la rotazione dovrebbe preferibilmente assicurare proprio l'alternanza degli affidamenti e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione. In questo senso, resta ancora poco chiaro se sussista un vero e proprio dovere di non invitare il precedente affidatario del contratto, o se si tratti di una mera facoltà della stazione appaltante. Si osserva, poi, che, al fine di una corretta ed efficiente applicazione del principio di rotazione degli inviti, occorrerebbe prevedere la costituzione da parte delle stazioni appaltanti di elenchi (o albi) di operatori economici qualificati cui rivolgere a rotazione gli inviti, come già prospettato dall'ANAC".

Il correttivo apporta modifiche alla lett. b) del comma 2, disponendo che per gli affidamenti di lavori mediante procedura negoziata di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro devono essere consultati rispettivamente almeno dieci operatori economici, per i lavori, e almeno cinque operatori economici per le forniture e i servizi.

Inoltre si elimina alla lett. c) del comma 2 dell'art. 36 il riferimento all'art. 63, codice (procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara), stabilendo che per l'aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro devono essere consultati "almeno quindici operatori economici"¹¹.

Viene sostituito il comma 5, stabilendo, nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso a procedure negoziate, che la verifica dei requisiti avvenga (non più esclusivamente) sull'aggiudicatario; si prevede in ogni caso la possibilità di estendere le verifiche agli altri partecipanti.

È stata, invece, eliminata la disposizione secondo cui, nei casi di affidamento diretto per importo inferiore a 40.000 euro, le stazioni appaltanti potessero verificare "esclusivamente" il documento unico di regolarità contributiva (DURC) e l'essenza di procedure concorsuali (art. 80, comma 5, lett. b), codice)¹².

¹¹ Cfr. Cons. Stato, parere n. 782/2017 "Al riguardo, la Commissione invita il Governo a valutare l'adeguatezza del numero di operatori da consultare. La maggiore ampiezza delle imprese coinvolte nella procedura favorisce senz'altro la concorrenza e l'apertura del mercato. Inoltre, serve anche a consentire il funzionamento del meccanismo di esclusione automatica, che esige la presentazione di almeno dieci offerte valide. Tuttavia, in questo modo sono accresciuti gli oneri gravanti sulle stazioni appaltanti, in quanto un numero minimo troppo alto di imprese da invitare rischia di vanificare le esigenze di semplificazione. Invero, secondo la norma oggi vigente, il numero di dieci imprese da invitare è solo un numero minimo, ben potendo, già a legislazione vigente, essere invitate più di dieci imprese. Ora, posto che per poter procedere ad esclusione automatica delle offerte anomale occorre che vi siano almeno dieci offerte valide, e posto che tale numero potrebbe non esserci se vengono invitati solo dieci operatori economici, si potrebbe, tramite Linee guida, raccomandare alle stazioni appaltanti che intendano avvalersi della facoltà di esclusione automatica, di invitare più del numero minimo di 10 imprese, al fine di avere almeno dieci offerte valide, per esercitare la facoltà di esclusione automatica".

¹² Il Consiglio di Stato nel parere n. 782/2017 aveva osservato che "– la previsione per cui la verifica avviene "esclusivamente" sull'aggiudicatario è in contraddizione con la disposizione successiva che prevede tuttavia la possibilità di estendere i controlli, per cui andrebbe eliminata tale parola; – non appare giustificata e compatibile con i principi generali in materia l'esclusione dei controlli sull'assenza di condanne penali e antimafia; pertanto la verifica da parte delle stazioni appaltanti ai fini dell'aggiudicazione va estesa anche a quanto previsto al comma 1 e al comma 2 dell'art. 80 (sussistenza di condanne penali e sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previsti dall'art. 67 del d.lgs. n. 159/2011 o di tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 comma 4 dello stesso decreto); – andrebbe chiarito come si effettuano le verifiche nei riguardi dell'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata: la nuova riformulazione dei commi 5 e 6

Si introduce il comma 6-*bis*, prevedendo che nei mercati elettronici, per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione è effettuata “**su un campione significativo**”, in fase di ammissione e permanenza del soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico; resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5.

Si aggiunge un nuovo periodo al comma 7 dell'art. 36 in tema di Linee Guida ANAC, disponendosi che nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale.

6. Lo stato dell'arte degli atti attuativi

Il nuovo codice degli appalti prevede 53 atti attuativi, a cui vanno aggiunti i regolamenti di organizzazione con cui l'ANAC disciplina l'esercizio di propri compiti specifici¹³:

- 15 decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti;
- 16 atti dell'ANAC;
- 6 d.P.C.M.;
- 16 decreti di altri Ministri.

DECRETI DEL MINISTRO INFRASTRUTTURE E TRASPORTI

- art. 21, c. 8 (programmazione dei contratti pubblici)
- art. 23, c. 3 (contenuto dei livelli della progettazione)
- art. 23, c. 13, modalità e tempi della progressiva introduzione di modelli di progettazione elettronica
- art. 24, c. 2 (requisiti delle forme organizzative dei progettisti)
- art. 73, c. 4 (indirizzi per la pubblicazione telematica di bandi e avvisi)
- art. 77, c. 10 (tariffa per albo e compensi dei commissari di gara)
- art. 81, c. 2 (documentazione da inserire nella banca dati nazionale degli appalti pubblici)
- art. 84, c. 12 (modalità di qualificazione alternative per i lavori pubblici)
- art. 89, c. 11 (individuazione delle opere superspecialistiche)

sembra trascurare questa ipotesi; – occorre sostituire le parole “nella lettera di invito o nel bando di gara” con “nell’invito”, trattandosi di procedure senza bando”.

¹³ L'elenco è ripreso da R. DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali*, Relazione tenuta al Convegno svolto presso l'IGI il 30 novembre 2016.

- art. 102, c. 8 (modalità tecniche del collaudo)
- art. 111, c. 1 (attività del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture)
- art. 196, c. 4 (albo nazionale dei responsabili lavori e collaudatori nel caso di affidamento a contraente generale)
- art. 209, c. 16 (compensi degli arbitri)
- art. 214, c. 3 (struttura tecnica di missione)
- art. 214, c. 12 (linee guida di indirizzo sull'applicazione del codice).

LINEE GUIDA E ALTRI ATTI DELL'ANAC

- art. 31 (compiti del RUP)
- art. 36 (procedure dei contratti sotto soglia)
- art. 38 (modalità attuative della qualificazione delle stazioni appaltanti)
- art. 71 (bandi tipo)
- art. 78 (requisiti per l'iscrizione nell'albo dei commissari di gara)
- art. 80, c. 13 (mezzi di prova del grave illecito professionale)
- art. 83 (qualificazione degli operatori economici negli appalti di lavori nei settori ordinari)
- art. 83 (sistema di penalità e premialità e relative sanzioni)
- art. 84 (rating di impresa)
- art. 84 (sistema SOA, vigilanza sulle SOA, vigilanza sul sistema di qualificazione e controlli a campione)
- art. 84 (revisione straordinaria delle SOA e proposte revisione sistema attuale di qualificazione)
- art. 110 (requisiti per la partecipazione a gare e esecuzione appalti per operatori economici sottoposti a fallimento o altre procedure di soluzione crisi di impresa)
- art. 177, c. 3 (verifica rispetto percentuale di esternalizzazione affidamenti da parte dei concessionari)
- monitoraggio sulla fase di esecuzione dei PPPC (art. 181, c. 4)
- art. 194 (criteri dell'albo stazioni appaltanti che fanno affidamenti in house)
- art. 197 (requisiti di qualificazione del contraente generale)

DECRETI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

- art. 22, c. 2 (opere soggette a dibattito pubblico)
- art. 25, c. 13 (procedimenti semplificati di verifica preventiva dell'interesse archeologico)
- art. 37, c. 5 (centrali di committenza dei comuni non capoluogo di provincia)
- art. 38, c. 2 (elenco stazioni appaltanti qualificate)

- art. 41, c. 1 (revisione accordi e convenzioni quadro)
- art. 212, c. 5 (organizzazione della cabina di regia)

DECRETI DI ALTRI MINISTRI

- art. 1, c. 7 MINESTERI (appalti all'estero)
- art. 24, c. 2 MINGIUSTIZIA (corrispettivi per i progettisti)
- art. 25, c. 2 MIBAC (elenco soggetti qualificati)
- art. 34, c. 1 MINAMBIENTE (criteri di sostenibilità ambientale)
- art. 34, c. 3 MINAMBIENTE (percentuale CAM negli appalti)
- art. 44, c. 1 MINSemplificazionePA (digitalizzazione procedure contrattuali pubbliche)
- art. 103, c. 9 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione)
- art. 104, c. 9 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione per lavori di particolare valore)
- art. 144, c. 2 MINSALUTE (servizio di ristorazione ospedaliera)
- art. 144, c. 5 MISE (buoni pasto servizio sostitutivo mensa)
- art. 146, c. 4 MIBAC (qualificazione per appalti relativi a beni culturali)
- art. 159, c. 4 MINDIFESA (appalti nel settore della difesa)
- art. 185, c. 3 MEF (definizione delle garanzie per obbligazioni delle società di progetto)
- art. 201, c. 2 DPR (approvazione PGTL)
- art. 203, c. 1 MININTERNO (monitoraggio infrastrutture e insediamenti prioritari)
- art. 215, c. 2 DPR (attribuzione ulteriori compiti al Consiglio superiore lavori pubblici).

Regolamenti di organizzazione dell'ANAC:

- regolamento sull'attività relativa al precontenzioso;
- regolamento sul potere di raccomandazione vincolante;
- regolamento sulla vigilanza;
- regolamento su forme e metodi di consultazione e analisi e verifica di impatto (art. 213, c. 2);
- regolamento sui procedimenti sanzionatori (art. 213, c. 13);
- regolamento sui compiti dell'Osservatorio e modalità di trasmissione ad esso di dati e informazioni (art. 213, c. 9)
- regolamento del personale;
- regolamento sull'accesso agli atti;
- il regolamento sulla gestione finanziaria (art. 1, c. 67, l. n. 266/2005).

Gli atti attuativi espressamente nominati dal codice, e sinora pubblicati¹⁴, sono i seguenti, in ordine cronologico:

¹⁴ Alla data del 1 aprile 2017.

- 1) d.m. 24.5.2016 sui CAM (criteri ambientali minimi) per alcuni servizi e forniture; d.m. 11.1.2017 CAM per gli arredi per interni, per l'edilizia e per i prodotti tessili; d.m. 15.2.2017 CAM da inserire obbligatoriamente nei capitolati tecnici delle gare d'appalto per l'esecuzione dei trattamenti fitosanitari sulle o lungo le linee ferroviarie e sulle o lungo le strade;
- 2) d.m. 17.6.2016 sugli onorari professionali;
- 3) d.P.C.M. 10.8.2016 sulla cabina di regia;
Tali atti non sono stati sottoposti al parere del Consiglio di Stato;
- 4) Linee guide dell'ANAC n. 3/2016 sul RUP;
- 5) Linee guide dell'ANAC n. 4/2016 in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria;
- 6) Linee guide dell'ANAC n. 5/2016, relative ai criteri di scelta dei commissari di gara e all'iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici;
- 7) Linee guide dell'ANAC n. 6/2016 sull'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), codice;
- 8) d.m. del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 10.11.2016 n. 248 sulle opere superspecialistiche ex art. 89, c. 11;
- 9) d.m. del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 2.12.2016 (in GURI 25.1.2017), recante "Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli artt. 70, 71 e 98 codice";
- 10) d.m. del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 2.12.2016 n. 263 (in GURI 13.2.2017), recante "Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee", ex art. 24, c. 2 e 5, codice;
- 11) Linee guida dell'ANAC n. 7/2017 per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house.
Sono stati adottati anche alcuni atti attuativi non espressamente nominati dal codice.

Quelli sinora pubblicati, sono i seguenti, in ordine cronologico:

- 1) Linee guide dell'ANAC n. 1/2016 sui servizi di architettura e di ingegneria;
- 2) Linee guide dell'ANAC n. 2/2016 sull'offerta economicamente più vantaggiosa;

- 3) provvedimento ANAC 5.10.2016, sul il rilascio dei pareri di precontenzioso, ai sensi dell'art. 211 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;
- 4) regolamento ANAC 15.2.2017 sulla vigilanza e sulle raccomandazioni vincolanti.

I pareri del Consiglio di Stato, oltre a quello sullo schema di codice 1.4.2016 n. 855, sono i seguenti:

- 1) parere Comm. spec., 2.8.2016 n. 1767 reso sulle linee guida dell'ANAC concernenti il RUP, l'offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura e di ingegneria;
- 2) Id., 13.9.2016 n. 1903 reso sulle linee guida dell'ANAC in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria;
- 3) Id., 14.9.2016 n. 1919, reso sulle linee guida dell'ANAC relative ai criteri di scelta dei commissari di gara e all'iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici;
- 4) Id., 14.9.2016 n. 1920, reso sullo schema di regolamento redatto dall'ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso, ai sensi dell'art. 211 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;
- 5) Cons. St., sez. affari normativi, 20.10.2016 n. 2189 sullo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti recante l'individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'art. 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- 6) Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 3.11.2016 n. 2282, sullo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di approvazione delle linee guida sul Direttore dei lavori e sul Direttore dell'esecuzione (art. 111, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50);
- 7) Id., parere interlocutorio 3.11.2016 n. 2284, sulle linee guida ANAC relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili (art. 63, comma 2, lett. b) 3, lett. b, e 5, d.lgs. n. 50/2016);
- 8) Id., 3.11.2016 n. 2285, sullo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti recante "definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'art. 24, commi 2 e 4, d.lgs. 18.4.2016, n. 50";

- 9) Id., 3.11.2016 n. 2286 sullo schema di linee guida redatte dall'ANAC sull'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), codice;
- 10) Id., 28.12.2016 n. 2777 sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213, codice;
- 11) Id., parere interlocutorio 10.1.2017 n. 22 sullo schema di decreto sulla definizione dei contenuti della progettazione in materia di lavori pubblici nei tre livelli progettuali, ai sensi dell'art. 23, comma 3, d.lgs. 18.4.2016, n. 50;
- 12) Id., 30.1.2017 n. 263 sullo schema di decreto interministeriale relativo agli appalti per i beni culturali ex artt. 146 codice;
- 13) Id., 1.2.2017 n. 282, sulle linee guida dell'ANAC sull'albo delle società in house ex art. 192 codice;
- 14) Id., 3.2. 2017 n. 287 sullo schema di regolamento relativo ai servizi sostitutivi di mensa (c.d. buoni pasto);
- 15) Id., 13.2.2017 n. 351 sullo schema del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti concernente la programmazione triennale dei lavori pubblici e il programma biennale per servizi e forniture ex art. 21, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016;
- 16) Id. 29.3.2017 n. 775, sulle linee guida ANAC sui PPPC.

7. Il decreto correttivo. Considerazioni generali

L'art. 1, comma 8, della legge delega n. 11/2016 ha previsto che entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, il Governo possa 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).

Il Governo, avvalendosi di tale facoltà, ha approvato, 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, dopo l'esame delle 502 proposte normative ricevute dai principali *stakeholders* (tra cui CONSIP, ANAC, Regioni e Comuni e le associazioni di categoria), delle 94 proposte provenienti dalla Cabina di Regia e delle 110 proposte pervenute da soggetti non invitati formalmente alla consultazione.

In merito ai **limiti dello strumento del decreto correttivo** – figura, come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere n. 782/2017, non prevista

dall'art. 76 Cost., ma ormai stabile nella più recente prassi costituzionale (cfr. Corte cost. n. 156 del 1985; Id. n. 172 del 1994; Id. 206 del 2001) – è opportuno ricordare il consolidato orientamento (ribadito, da ultimo, nel parere Comm. speciale, 14 marzo 2017, n. 638), secondo cui **il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere** e tale mancato esercizio non può essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi.

Tramite questi ultimi sono consentite, appunto, “integrazioni e correzioni” (anche rilevanti), a seguito di una periodo di “sperimentazione applicativa”, riguardanti le parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega.

Inoltre, lo strumento del correttivo non può nemmeno costituire una sorta di ‘nuova riforma’, pur rispettosa della delega originaria, che modifichi le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega, attuando un’opzione di intervento radicalmente diversa da quella del decreto legislativo oggetto di correzione (cfr. Corte cost. 26 giugno 2001 n. 206; Cons. St., ad. gen., 6 giugno 2007 n. 1; Cons. St., sez. norm., 9 luglio 2007 n. 2660/07; Id., 5 novembre 2007 n. 3838/07; Id., 26 luglio 2011 n. 2602).

Gli interventi correttivi ed integrativi richiesti dal decreto legislativo n. 50 del 2016, possono essere classificati – come osservato dal Cons. Stato nel parere n. 782/2017 – in **quattro categorie** principali.

In primo luogo, gli interventi correttivi mirano ad eliminare errori o refusi presenti nel testo normativo.

Una **seconda tipologia** di correzioni riguarda la disciplina di coordinamento “esterno” e le conseguenti abrogazioni delle numerose disposizioni di leggi speciali che hanno inciso sulla materia dei contratti pubblici. Tali interventi correttivi sono necessari per un migliore coordinamento del nuovo codice con altre leggi vigenti.

Una **terza tipologia** di correzioni si rende necessaria al fine di rimuovere alcuni errori di recepimento delle direttive e di attuazione della legge delega, che si traducono in altrettante illegittimità delle disposizioni del codice per contrasto con le direttive o per eccesso di delega.

Infine, una **quarta tipologia** di correzioni è finalizzata a rimediare a difficoltà insorte nella prima applicazione dei nuovi istituti, anche alla luce della giurisprudenza.

Le modifiche apportate dal decreto correttivo seguono tre direttrici:

- modifiche di coordinamento ai fini di una più agevole lettura e interpretazione del testo;
- integrazioni che migliorano l’efficacia e chiariscono la portata di alcuni istituti, sulla base anche di quanto suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva e dalle associazioni o dagli operatori di settore;