



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ufficio di Gabinetto del Ministro

COMMISSIONE DI SUPPORTO GIURIDICO-AMMINISTRATIVO PER L'ESAME DELLO SCHEMA DI REGOLAMENTO UNICO RECANTE DISPOSIZIONI DI ESECUZIONE, ATTUAZIONE E INTEGRAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI CUI AL DECRETO LEGISLATIVO 18 APRILE 2016, N. 50

RELAZIONE CONCLUSIVA

1. Premessa.

Con decreto n. 491 del 12 novembre 2019, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha istituito, nell'ambito del proprio Ufficio di gabinetto, una Commissione di supporto giuridico-amministrativo al fine di curare la predisposizione del testo del regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici, previsto dall'articolo 216, comma 27-*octies*, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), introdotto dall'articolo 1, comma 20, lettera *gg*), n. 4, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, in legge 19 giugno 2019, n. 55.

Più specificamente, la Commissione ha avuto l'incarico di apportare, rispetto alla bozza preliminare elaborata da un gruppo di lavoro a suo tempo istituito presso il Ministero, le modifiche e integrazioni ritenute opportune per la corretta esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici.

In effetti, al principio della propria attività, la Commissione ha ottenuto la disponibilità della predetta bozza, su cui il suindicato gruppo di lavoro aveva iniziato a operare all'indomani dell'entrata in vigore del citato comma 27-*octies* dell'articolo 216, proseguendo i propri lavori poi anche dopo il mutamento di Governo verificatosi nel settembre 2019 (circostanza, quest'ultima, che aveva già determinato un rallentamento dell'attività di predisposizione del testo e la conseguente impossibilità di rispettare il termine di sei mesi – comunque non perentorio – fissato dalla disposizione primaria per l'approvazione del nuovo regolamento).

Un ulteriore arresto dell'attività di elaborazione del testo in questione si è poi avuta, in un momento in cui la Commissione era in procinto di concludere i propri lavori, in conseguenza dell'insorgere dell'emergenza sanitaria connessa alla diffusione del virus Covid-19. Il ritardo è stato determinato non tanto dalle misure di contenimento adottate dal Governo per prevenire il contagio – ché la Commissione ha presto ripreso la propria attività da remoto, in linea con le più generali disposizioni ministeriali – quanto piuttosto dalla necessità di seguire il parallelo dibattito avviatosi sulla legislazione primaria nella prospettiva del varo di un compendio di norme eccezionali e/o derogatorie, valide per un periodo di tempo circoscritto e tese ad agevolare e accompagnare il rilancio dell'economia dopo la crisi innescata dalle misure restrittive e dal conseguente blocco di tutte le attività produttive, con l'obiettivo di dotare il Paese di una legislazione semplificata e flessibile in materia di contratti pubblici; ciò anche in vista della possibile trasposizione a regime di



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

eventuali misure, introdotte nella fase attuale, le quali dovessero rivelarsi particolarmente felici e suscettibili di essere rese permanenti.

Il predetto dibattito è sfociato, per ora, in un pacchetto di norme destinate a essere inserite in un decreto-legge approvato dal Consiglio dei Ministri in data 6 luglio u.s., e di prossima pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* (nessuna delle quali peraltro sembra impattare in modo significativo sui contenuti del regolamento). Nelle more di ciò, il vertice politico non ha però ritenuto di modificare le proprie più generali linee programmatiche in ordine alle disposizioni attuative del codice, ed ha quindi ribadito la necessità di portare a compimento l'incarico assegnato alla Commissione (con salvezza delle determinazioni da assumere all'esito della riflessione in corso, su cui si tornerà in conclusione).

Con la presente relazione, si rimette al Ministro il testo definitivo dello schema di regolamento approvato dalla Commissione, allo stato attuale della legislazione. Nella circostanza, rimandando alla analitica relazione illustrativa di accompagnamento per una più puntuale spiegazione delle singole scelte normative e delle ragioni e valutazioni che le hanno determinate, si riassumono sommariamente le modalità con cui la Commissione ha proceduto nell'espletamento del mandato ricevuto, con l'indicazione analitica dell'articolazione dei lavori svolti (per i quali, in ogni caso, si fa rinvio ai verbali delle singole riunioni redatti dalla Segreteria istituita presso la Direzione Generale per la regolazione e i contratti pubblici del Ministero). Infine, si rassegnano alcune sommarie osservazioni anche nella prospettiva di possibili interventi sulla normativa primaria.

2. I lavori della Commissione e le consultazioni.

La bozza preliminare elaborata dal gruppo di lavoro, su cui la Commissione ha avviato la propria attività, era il risultato di un non irrilevante e non banale lavoro di collazione delle disposizioni rivenienti dalle normative subprimarie vigenti anteriormente all'entrata in vigore del citato comma 27-*octies* dell'articolo 216 del codice, con particolare attenzione alle specifiche materie indicate dalla medesima disposizione come quelle su cui l'emanando regolamento avrebbe dovuto intervenire. Si trattava, in particolare, dei decreti adottati dal Ministero in attuazione delle specifiche norme del codice richiamate dalla disposizione transitoria, delle linee guida emanate dall'ANAC nelle materie di propria competenza ivi richiamate, in un caso di uno schema di decreto ministeriale ancora *in itinere* al momento del sopravvenire del d.l. n. 32 del 2019, e infine di parte del previgente decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, transitoriamente mantenuto in vigore e ritenuto parzialmente trasponibile nel nuovo regolamento.

Rispetto ai testi normativi sopra indicati, peraltro, il gruppo di lavoro non si era limitato a una mera silloge o giustapposizione delle relative norme, provvedendo anche ad apportare alle stesse modifiche e integrazioni intese a ovviare a problemi interpretativi e/o applicativi insorti in relazione ad esse ovvero a tener conto degli orientamenti della giurisprudenza *medio tempore* formatisi al riguardo.



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

Tanto premesso, prima ancora di approcciare le problematiche evocate dai contenuti della bozza di regolamento, la Commissione ha ritenuto di dover porsi due questioni preliminari di fondo, afferenti:

- a) all'ambito stesso della propria competenza, tenuto conto delle disposizioni primarie relative all'oggetto dell'emanando regolamento;
- b) all'impostazione generale da conferire all'articolato normativo, anche al di là della linea già intrapresa dal gruppo di lavoro.

Quanto al primo aspetto, la Commissione ha preso atto delle criticità interpretative sollevate dal dato testuale del più volte citato articolo 216, comma 27-*octies*, il quale non è certo perspicuo nel definire in modo chiaro gli spazi e ambiti di operatività riconosciuti alla fonte regolamentare. Per un verso, infatti, la norma appare chiaramente intesa a prefigurare un ritorno al “tradizionale” regolamento attuativo, il quale per sua natura non soffre limiti alle materie di cui può occuparsi se non quelli discendenti dalla necessità di rispettare i confini della fonte primaria di cui è emanazione (nella specie, il d.lgs. n. 50/2016). Tanto si ricava non solo dall'espressa qualificazione legislativa di regolamento “*unico*” di esecuzione, attuazione e integrazione del codice, ma anche dalla chiara valenza meramente esemplificativa – e non esaustiva – delle materie elencate nella seconda parte della disposizione, come reso evidente dalla previsione “di chiusura” per cui l'entrata in vigore del regolamento comporterà la perdita di efficacia non solo delle linee guida dell'ANAC espressamente richiamate dalla disposizione stessa, ma anche di “*quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento*” medesimo.

A fronte di questi chiari indici della portata “onnicomprensiva” che il legislatore ha inteso assegnare al nuovo regolamento, tuttavia, non può negarsi significatività alla contestuale scelta di individuare in modo specifico, nella stessa disposizione novellata, i decreti ministeriali e le linee guida destinati rispettivamente a essere abrogati e a perdere efficacia con l'entrata in vigore del regolamento medesimo: con ciò implicitamente volendo circoscrivere solo a tali atti l'effetto caducante del nuovo testo, lasciando dunque in essere altri atti attuativi intervenuti nel vigore del codice dal 2016 ad oggi (ivi comprese molte linee guida dell'ANAC, anche vincolanti).

Al di là dell'impatto che tale opzione legislativa produrrà in termini di mancata semplificazione del quadro normativo (sul punto si tornerà in seguito), essa ha indotto la Commissione, pur nel confermare di intendere il proprio mandato come pieno, e quindi finalizzato all'elaborazione di un regolamento tendenzialmente onnicomprensivo nel senso sopra precisato, ad “autolimitarsi” laddove la regolamentazione da adottare fosse suscettibile di interferire con i contenuti di atti normativi e/o di regolazione dei quali il legislatore ha chiaramente stabilito la permanenza in vigore, evitando quindi scelte “invasive” di ambiti – e, forse, anche di competenze – che la fonte primaria sembrerebbe aver voluto sottrarre alla fonte regolamentare. Conseguentemente, il nuovo regolamento, pur ponendosi come tendenzialmente unitario ed esteso a tutti gli ambiti disciplinati dal codice (del quale segue la falsariga, salvo quanto in appresso si dirà in ordine agli appalti di servizi e di forniture), può apparire in parte “monco” avendo dovuto inevitabilmente arrestarsi in presenza di discipline attuative pregenti che restavano comunque fatte salve nei termini precisati.

Con riguardo al problema sopra indicato *sub b*), pur manifestando un tendenziale *favor* verso una regolamentazione “leggera” e limitata a poche regole e principi essenziali, la Commissione ha



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

alla fine optato per una soluzione di tipo “classico”, con un articolato normativo piuttosto analitico e dettagliato, composto da poco più di 300 articoli destinati a disciplinare i singoli passaggi delle varie fasi (programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione) delle commesse pubbliche come delineate dal codice. A tale opzione, dei cui limiti e inconvenienti la Commissione è peraltro perfettamente consapevole (in particolare *sub specie* della rigidità e difficile modificabilità che inevitabilmente connota le norme regolamentari), si è stati indotti non solo e non tanto dal fatto che questa fosse con tutta evidenza la linea già seguita dal gruppo di lavoro nella stesura della bozza preliminare di regolamento, ma anche e soprattutto dagli esiti delle consultazioni preliminari, che hanno fatto emergere una pressoché unanime preferenza degli *stakeholders* incontrati – sia operatori economici che amministrazioni pubbliche – per una regolamentazione puntuale, auspicatamente idonea a fornire soluzioni ai molteplici e multiformi problemi pratici che possono porsi durante l’attività di imprese e stazioni appaltanti nel settore in esame (è stato difficile, anzi, tracciare dei limiti alla disciplina, a fronte di richieste intese a ottenere previsioni specifiche anche per situazioni molto peculiari e fattispecie affatto marginali).

Venendo dunque alle consultazioni, queste erano espressamente previste dal decreto istitutivo della Commissione come parte del mandato alla stessa conferito, e tuttavia il poco tempo a disposizione ha reso necessario imporre alle stesse ben precise limitazioni e modalità. Tale scelta, pur comportando una inevitabile riduzione delle interlocuzioni con gli operatori del settore, è stata resa meno gravosa quanto alle sue conseguenze dalla circostanza che anche l’operato del gruppo di lavoro che aveva provveduto alla redazione della bozza preliminare era stato preceduto da una consultazione, in quel caso svolta per via telematica e non mediante audizioni dirette, ma che comunque aveva consentito di raccogliere manifestazioni di interesse, idee e suggerimenti più o meno specifici in ordine alle determinazioni da assumere nella predisposizione del nuovo testo normativo.

Ciò ha consentito alla Commissione di contenere la fase di consultazione, dopo che la bozza preliminare di regolamento è stata resa pubblica, alla convocazione per incontri diretti delle associazioni degli operatori (imprese, professionisti, stazioni appaltanti, società pubbliche etc.) che già avevano avanzato suggerimenti all’esito della consultazione *online*, oltre che delle principali associazioni sindacali e di altri soggetti esponenziali di interessi che si è ritenuto comunque di sentire ovvero che hanno formulato espressa richiesta di essere sentiti. All’esito di tali incontri, tutti i soggetti in questione sono stati invitati a far pervenire entro tempi brevi dei contributi scritti più analitici elaborati partendo dalla bozza preliminare, dei quali si è tenuto conto, così come si è comunque tenuto conto di qualsiasi contributo o documento comunque pervenuto in tempo utile da parte di soggetti legittimati. In questa fase, importante è stata anche la decisione di molte associazioni di settore di costituire tra di loro un tavolo di cooperazione, facendo poi pervenire un documento unitario che raccoglieva e sintetizzava tutte le esigenze e le proposte ritenute meritevoli di essere sottoposte alla Commissione.

In definitiva, malgrado gli evidenziati limiti di tempo e le conseguentemente circoscritte occasioni di confronto diretto, la consultazione degli *stakeholders* ha inciso profondamente nell’attività della Commissione, contribuendo in modo sostanziale alla genesi dello schema di regolamento che si rimette al Ministro. Naturalmente, se in molti casi le proposte avanzate sono



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

state ritenute in tutto o in parte meritevoli di accoglimento, in altri casi la Commissione ha ritenuto di discostarsi da esse, adottando soluzioni diverse ovvero confermando scelte già contenute nella bozza preliminare; di tutte tali scelte, comunque, si è cercato di dar conto nella relazione di accompagnamento all'articolato normativo.

3. I contenuti del regolamento.

Il presente articolato normativo si compone di 314 articoli, nei quali si compendia l'insieme delle norme che la Commissione ha ritenuto di predisporre in attuazione dell'articolo 216, comma 27-octies (nel senso precisato al paragrafo precedente) del codice. In via generale, e salve le ipotesi di abrogazione implicita o incompatibilità evocate dalla stessa norma transitoria, l'emanando regolamento è destinato a sostituire sei decreti ministeriali o interministeriali, ivi compreso il già citato d.P.R. n. 207/2010 per le parti ad oggi ancora in vigore, e tre linee guida dell'ANAC.

Come si è già accennato, in relazione alla struttura dello schema di regolamento la Commissione ha ritenuto di abbandonare l'impostazione originaria del documento elaborato dal gruppo di lavoro, che ricalcava il modello del previgente d.P.R. n. 207/2010, in favore di un'impalcatura che seguisse invece la sistematica – non necessariamente coincidente – del codice del 2016. Tale scelta è anche una diretta conseguenza della lettura “onnicomprendiva” che, come pure si è detto, si è inteso dare del perimetro attribuito dalla legge alla fonte regolamentare.

Per questo motivo, la divisione dell'articolato normativo in parti, titoli, capi e sezioni segue grosso modo l'impostazione del codice. Vi sono però delle peculiarità, direttamente rivenienti dalle richieste pervenute da molti *stakeholders*, che la Commissione ha reputato condivisibili e meritevoli di essere sviluppate.

In particolare, da più parti è giunta la richiesta di abbandonare la tradizionale opzione normativa incentrata su un esteso nucleo di norme comuni, modellate sulla disciplina degli appalti di lavori, alle quali poi far seguire un numero limitato di disposizioni specifiche, per lo più di mero rinvio, per le singole tipologie di appalti. Tale opzione, oltre che come fonte di incertezze e dubbi interpretativi per gli operatori interessati ai settori delle forniture e dei servizi, è stata bollata da molte associazioni consultate come poco congruente con la realtà economica, nella quale la stragrande maggioranza dei contratti pubblici ha a oggetto proprio forniture e servizi (che, pertanto, almeno numericamente costituiscono il settore prevalente). Per questo, nello schema elaborato dalla Commissione le norme realmente “comuni” a tutte le tipologie di appalti sono state contenute in numero assai limitato, riservando poi a separate parti – anche a costo di ridondanze e di aumentare il numero complessivo degli articoli, e pur col permanere di una cospicua quantità di richiami “interni” – rispettivamente agli appalti di lavori, da un lato, e di forniture e servizi, dall'altro. Tale scelta dovrebbe rendere più semplice agli operatori del settore orientarsi nel panorama normativo, specie in relazione ad alcuni ambiti (p.es. la progettazione e il collaudo) in cui tradizionalmente si sono registrate difficoltà applicative nei settori delle forniture e dei servizi.

La stessa logica è alla base dell'introduzione di una parte autonoma e separata, ancorché connotata da plurimi rinvii ad altre norme e parti dello schema di regolamento, in relazione ai contratti pubblici nei settori speciali, per i quali pure sono pervenute molteplici sollecitazioni in tal



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

senso (e sebbene siano state recepite solo in misura limitata le istanze dei soggetti aggiudicatori di questo settore, intese a ottenere quasi una sorta di “statuto” autonomo con riguardo a fasi di estrema rilevanza e delicatezza come quelle delle procedure di affidamento e di esecuzione).

Sempre per analoghi motivi, una trattazione autonoma e separata è stata dedicata all'affidamento dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato (PPP), con l'intento di rendere più agevole l'applicazione della – pur già alquanto analitica – disciplina del codice.

Quanto ai contenuti di dettaglio delle varie parti dello schema di regolamento, si rimanda alla relazione di accompagnamento in cui sono esplicitate la genesi e le ragioni giustificative di ciascuna norma o gruppo di norme, anche con riferimento agli esiti delle consultazioni. Si segnalano però, in linea generale, i seguenti aspetti che ad avviso della Commissione evidenziano anche sul piano contenutistico i principali profili di innovatività del nuovo testo:

a) l'accentuazione dei profili di preparazione e professionalità richiesti in capo al responsabile unico del procedimento (RUP) in relazione alle diverse tipologie e specificità dei contratti;

b) l'introduzione di moduli molto semplificati e flessibili per le procedure di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (si segnalano, al riguardo, la possibilità di non nominare la commissione aggiudicatrice anche in caso di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e l'attenuazione delle rigidità connesse al principio di rotazione fra gli operatori economici);

c) il tentativo di intervenire sui requisiti tecnici richiesti ai fini della qualificazione delle imprese, specie in relazione ai lavori più specialistici, al fine di conseguire una maggiore apertura del mercato e maggiori possibilità alle imprese nell'attuale fase di crisi (vieppiù aggravata, verosimilmente, dalle conseguenze della sopravvenuta emergenza sanitaria);

d) le specifiche previsioni relative alla possibilità di impiego di strumenti elettronici e digitali per la progettazione e il raccordo di esse con le “classiche” disposizioni sulle modalità di predisposizione dei progetti;

e) l'alleggerimento della fase della progettazione, attraverso la valorizzazione delle previsioni del codice in ordine alla possibilità di ometterne alcuni livelli, la tendenziale limitazione della verifica del progetto al solo ultimo livello antecedente la messa a gara e l'introduzione di una analitica disciplina dell'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori (ovviamente in relazione ai casi in cui l'attuale normativa primaria consente tale affidamento);

f) il tentativo, nei limiti consentiti alla fonte regolamentare, di introdurre disposizioni incidenti su alcuni momenti cruciali della fase di esecuzione del contratto di appalto (ritardo nei pagamenti, revisione dei prezzi, varianti, contestazioni e riserve).

4. Le perduranti criticità.

Quanto fin qui rappresentato in ordine alla “filosofia” che ha ispirato i lavori della Commissione dovrebbe rendere agevole comprendere il perché, nell'elaborazione dello schema di regolamento, non si sia ritenuto di arretrare neanche a fronte di incertezze e dubbi interpretativi la cui fonte fosse rinvenibile nella disciplina primaria, segnatamente nelle lacune ovvero nelle non del



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

tutto perspicue formulazioni testuali delle pertinenti norme del codice. In molti di questi casi, la Commissione ha avuto l'ambizione di provare a individuare delle soluzioni ovvero a indicare una possibile strada percorribile per attenuare le suddette criticità, muovendo dall'assunto che la fonte regolamentare possa essere, in talune ipotesi, anche la sede giusta per sciogliere siffatti dubbi interpretativi (anche di tali scelte si dà conto singolarmente nella relazione di accompagnamento allo schema di regolamento).

Tuttavia, è di palmare evidenza che non sempre il potere regolamentare può essere idoneo e/o sufficiente a dirimere i dubbi ingenerati dalla fonte primaria, non foss'altro che per il differente rango nella gerarchia delle fonti giuridiche e per i conseguenti limiti alla "forza" del regolamento rispetto alla legge primaria. Ciò si è puntualmente verificato anche durante i lavori della Commissione, laddove in diversi casi si è dovuto registrare, a volte all'esito di lunghe riflessioni e discussioni, che alcuni nodi problematici – sia sul piano interpretativo che nella prospettiva di un efficientamento della disciplina – necessitano di interventi modificativi e/o integrativi sul codice stesso, non essendo il regolamento, per diversi motivi, la sede idonea o adeguata per risolverli; in questi casi, a volte non si è rinunciato comunque a inserire nel testo regolamentare norme ritenute compatibili con le diverse possibili prospettive di evoluzione della disciplina primaria, in altri casi si è preferito astenersi dall'introdurre qualsiasi disposizione, lasciando del tutto impregiudicate le questioni apertesesi in relazione al codice.

Di seguito, saranno indicati non solo i principali punti su cui sono emerse le suddette criticità, ma anche – più in generale – gli snodi fondamentali della disciplina codicistica su cui un intervento modificativo si appalesa utile ovvero necessario al fine di conseguire gli evidenziati obiettivi di efficientamento e semplificazione del sistema. La Commissione si permette, attraverso le dette segnalazioni e salve restando le determinazioni che il legislatore vorrà assumere, di portare un contributo al dibattito attualmente in corso sulle possibili modifiche a regime del codice, avendo riscontrato come anche un lavoro dal perimetro circoscritto quale è stato quello di elaborazione del regolamento attuativo, comportando necessariamente l'analisi dell'impatto delle varie disposizioni sulle diverse parti della disciplina complessivamente considerata, può aver favorito l'acquisizione di quella considerazione "di sistema" che rende più agevole individuare i punti critici del quadro normativo e proporre possibili interventi di riforma.

I. Rapporti tra regolamento e linee guida dell'ANAC. Come già accennato, il comma 27-*octies* dell'art. 216 del codice dei contratti pubblici, come introdotto dal d.l. n. 32/2019, pur avendo reintrodotta nel sistema delle fonti normative in materia di contratti pubblici un "regolamento unico" di attuazione del codice stesso, non ha stabilito che questo debba sostituire *in toto* il complesso e articolato sistema di *soft law*, incentrato su una molteplicità di decreti e di linee guida dell'ANAC, che nell'assetto normativo originario doveva integrare la disciplina attuativa del d.lgs. n. 50/2016. Infatti, con particolare riferimento alle linee guida la nuova disposizione indica specificamente quali fra di esse siano destinate a perdere efficacia con l'entrata in vigore del regolamento unico, e per le quali è inibito all'ANAC integrarle o modificarle *medio tempore* (si tratta, in pratica, di quelle afferenti alle materie che lo stesso comma 27-*octies* elenca nella sua seconda parte); al di fuori di esse, si evince *e contrario* che le ulteriori linee guida previste in



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

diverse parti del codice, alcune delle quali anche aventi in tutto o in parte carattere vincolante, resteranno in vigore anche dopo la pubblicazione del regolamento.

Ciò significa che gli effetti di semplificazione del quadro normativo saranno, almeno nell'immediato, alquanto relativi, a causa della possibile complicazione derivante dall'aggiungersi della "nuova" fonte regolamentare e dal conseguente problema di come essa si ponga rispetto alle restanti linee guida dell'ANAC (pur potendosi ragionevolmente predicare una posizione gerarchicamente "superiore" della prima fonte rispetto alle seconde). Si ritiene pertanto che uno dei principali obiettivi da perseguire, in sede di eventuale nuova revisione del codice, sia quello della realizzazione di un'effettiva semplificazione della normativa subprimaria, se non attraverso un'ulteriore perimetrazione degli spazi di intervento della fonte regolamentare, quanto meno attraverso una più chiara definizione dei rapporti fra le due discipline.

II. Programmazione, localizzazione e progettazione delle opere pubbliche. Con riguardo a tutte le fasi che precedono l'avvio delle procedure di gara vere e proprie, e nelle quali spesso si registrano tempi e appesantimenti procedurali incompatibili con le attuali esigenze di semplificazione, è opinione della Commissione che su di esse vi siano spazi per significativi interventi di razionalizzazione e "alleggerimento" della normativa primaria. Trattasi di questione che investe solo marginalmente il codice, ma che con tutta evidenza incide in misura notevole sulla complessiva gestione, fin dalle loro fasi iniziali, delle procedure di affidamento e realizzazione delle opere pubbliche.

Per quanto attiene alla programmazione, in particolare delle infrastrutture prioritarie per il Paese, occorre prendere atto della perdurante inattuazione degli innovativi strumenti di programmazione e pianificazione introdotti dagli articoli 200 e seguenti del codice: a tutt'oggi, continua ad essere approvato il documento "*allegato infrastrutture*" al documento di economia e finanza (DEF), in applicazione dell'articolo 10, comma 8, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 ("Legge di contabilità e finanza pubblica"), il quale a sua volta rimanda quanto ai contenuti di tale documento all'articolo 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001, n. 443 ("Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive"). Tuttavia, quest'ultima norma è stata espressamente abrogata dall'articolo 217, comma 1, lettera d), del codice, per di più senza alcuna disciplina transitoria, sul presupposto che il documento in questione sarebbe stato immediatamente sostituito dal piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL) introdotto dal precedente articolo 201 dello stesso codice, il quale però non ha mai avuto pratica attuazione.

Il perdurante impiego di strumenti di programmazione legati a una normativa superata (se non abrogata) comporta inevitabili e significative ricadute concrete, testimoniate dalle ricorrenti critiche di inadeguatezza e inidoneità di detti strumenti a esprimere una visione moderna e strategica del processo di infrastrutturazione del Paese. Ciò, per quanto più rileva in questa sede, incide grandemente sullo stesso momento della localizzazione delle grandi opere, contribuendo alle notorie "resistenze" e tensioni a livello locale che disvelano una insufficiente sinergia fra i diversi livelli di governo in una fase cruciale delle stesse scelte politiche e strategiche.



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

Per quanto più specificamente concerne la localizzazione delle opere pubbliche, poi, la relativa disciplina risulta attualmente “dispersa” in una pluralità di fonti normative sovrappostesi nel corso del tempo e non armonizzate: l’originaria disciplina regolamentare contenuta nel decreto del Presidente della Repubblica 18 aprile 1994, n. 383 (“Regolamento recante disciplina dei procedimenti di localizzazione delle opere di interesse statale”), relativa ai soli interventi statali ed emanata nel vigore della legge n. 109/1994, è stata progressivamente svuotata di rilevanza:

- dapprima per effetto dello spostamento di competenze verso le Regioni operato a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione (in conseguenza del quale, secondo l’opinione prevalente, la verifica di conformità urbanistica delle opere pubbliche di competenza regionale deve avvenire secondo le ordinarie norme nazionali e regionali);
- successivamente per effetto dell’introduzione della disciplina speciale delle grandi infrastrutture e degli interventi di interesse strategico, operata col decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 (“Attuazione della L. 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale”), poi recepita dal già citato d.lgs. n. 163/2006, e da ultimo ampiamente superata dal codice attuale;
- infine per effetto del d.l. n. 32/2019, che ha abrogato quasi per intero l’articolo 3 del d.P.R. dianzi richiamato.

Inoltre, la detta disciplina necessita di essere raccordata con quella, contenuta nel decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (“Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità”) relativa alle varianti urbanistiche comportanti imposizione del vincolo espropriativo, la quale a sua volta è costellata di richiami normativi (a versioni superate della legge generale sul procedimento amministrativo, nonché alle ante vigenti norme in materia di opere pubbliche) non più attuali, e quindi suscettibili di ingenerare confusione.

A tali inconvenienti potrebbe ovviarsi con la previsione della concentrazione in un unico momento di tutte le valutazioni relative alla conformità urbanistica ed edilizia del progetto di opera pubblica, momento individuabile nell’ambito della stessa conferenza di servizi finalizzata – ai sensi dell’articolo 27, comma 3, del codice – all’approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, superando l’attuale disciplina diversificata per le opere statali e quelle realizzate da altre amministrazioni. A ciò potrebbe aggiungersi, ove l’approvazione del progetto comporti effetti di variante urbanistica, l’introduzione di opportuni meccanismi che consentano fin da tale fase la partecipazione dei privati, così come solo in parte oggi previsto dal T.U. in materia di espropri.

Infine, con riguardo alla fase della progettazione in senso stretto, al di là delle già indicate disposizioni di “snellimento” che si è ritenuto di introdurre nello schema di regolamento, è sufficiente rimarcare come l’attuale formulazione dell’articolo 23 del codice, pur richiamando in via generale le norme della legge 7 agosto 1990, n. 241 (“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”), continua a registrare difficoltà applicative a causa del mancato raccordo con la versione più recente di tale norma, frutto delle novelle degli anni 2015-2016, in particolare con riferimento alla disciplina della conferenza di servizi di cui agli articoli 14 e seguenti.



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

III. Qualificazione delle stazioni appaltanti. Come è noto, uno dei principali aspetti innovativi del codice del 2016 che ad oggi non ha ancora avuto attuazione è quello relativo all'introduzione di un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti volto ad assicurare che i soggetti ai quali è riconosciuta l'idoneità a gestire le gare pubbliche al di sopra di un importo minimo siano selezionati secondo criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. In particolare, per diverse ragioni che in questa sede non rileva approfondire il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri previsto dall'articolo 38, comma 2, del codice non è stato ad oggi approvato, e da vari operatori si sollecita un intervento di adeguamento della stessa disciplina primaria sul punto.

Al riguardo, la Commissione non ha specifiche indicazioni da formulare, se non evidenziare dal proprio punto di vista l'indifferibilità di un'attuazione quanto meno del principio della qualificazione degli enti aggiudicatori, avendo avuto modo di riscontrare le ricadute che la perdurante assenza di criteri e parametri oggettivi per valutarne l'adeguatezza produce sui più disparati settori della disciplina dei contratti pubblici. Ad esempio, nell'ambito della discussione sulla qualificazione delle imprese, è pervenuta da taluni operatori la forte sollecitazione a introdurre un principio di esclusione di ogni possibilità di verifica da parte delle stazioni appaltanti, anche in relazione ai motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del codice, nei confronti delle imprese che fossero in possesso di valida attestazione SOA, se non per fatti ed eventi cronologicamente successivi al rilascio dell'attestazione stessa. La richiesta non è stata ritenuta accoglibile *in toto*, comportando una sorta di "delega" a soggetti privati - quali comunque sono le SOA - di valutazioni discrezionali rimesse dalla legge alla pubblica amministrazione, ma è indicativa della condizione di incertezza i cui molti operatori economici si trovano ad agire, a fronte di scelte disomogenee e talora sproporzionate da parte delle stazioni appaltanti, suscettibili di penalizzarne gravemente l'attività anche al di là della singola procedura selettiva in cui sono adottate.

IV. Limitazione di oneri a carico degli operatori partecipanti alla gara. Da più parti si invoca l'introduzione di norme che, intervenendo su scelte normative pregresse o su prassi distorsive delle stazioni appaltanti, riducano taluni oneri economici, oggi posti a carico degli operatori economici che partecipano alle gare, che rendono particolarmente gravosa la stessa formulazione di un'offerta. È quasi superfluo sottolineare l'importanza di interventi del genere, nell'attuale quadro dell'economia, in vista di un ampliamento delle possibilità di partecipazione alle procedure di affidamento per le imprese.

Un primo settore cui afferiscono le dette richieste è quello dei costi sostenuti dalle stazioni appaltanti per l'uso delle piattaforme digitali impiegate per lo svolgimento delle gare in forma elettronica (modalità su cui, come è noto, il codice del 2016 ha fortemente puntato, come solennemente proclamato nel suo articolo 52, e la cui attuazione verosimilmente conoscerà un forte rilancio in conseguenza dell'emergenza sanitaria). Su tale punto, il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 ("Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50") ha introdotto nell'articolo 41 del codice il comma 2-bis, il quale stabilisce: "*È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle*



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

piattaforme di cui all'articolo 58". Nonostante ciò, è segnalato il perdurare di criticità e contenziosi nella prassi applicativa, dovuti alla frequente presenza nella documentazione di gara di clausole che, in modo indiretto o surrettizio, pongono a carico delle imprese partecipanti e/o dell'aggiudicatario costi sostenuti dalla stazione appaltante per l'adeguamento e la gestione delle piattaforme digitali impiegate per la procedura di gara, anche laddove si tratti di piattaforme di negoziazione teoricamente "gratuite" (come quella fornita dal Ministero dell'economia e delle finanze).

Come evidenziato dagli esperti del settore, siffatte prassi disvelano un problema ineludibile, connesso al fatto che – qualunque cosa il legislatore possa prevedere al riguardo – le piattaforme digitali non sono mai totalmente gratuite, imponendo innanzi tutto costi di gestione, manutenzione e adeguamento nel corso del tempo, e in secondo luogo necessitando di essere adeguate alla specifica procedura selettiva ed ai bisogni della stazione appaltante (è infatti chiaro che ciascuna gara, per come concepita dal soggetto aggiudicatore, può richiedere modifiche e aggiustamenti della piattaforma per renderla praticabile). Tali costi sono ineliminabili, anche perché le piattaforme digitali hanno sempre un soggetto che le fornisce e le gestisce (il quale è a sua volta un operatore economico, che è stato investito del compito dal soggetto pubblico a seguito di altra procedura selettiva) e che deve ovviamente essere remunerato per i suoi servizi; in tale quadro, anche a voler intendere la previsione di cui all'articolo 41, comma 2-bis, come riferita ai soli costi richiesti per le modifiche e gli adeguamenti in relazione alla singola gara, stabilire *sic et simpliciter* che questi debbano essere in ogni caso sostenuti dalla stazione appaltante implica oneri per le finanze pubbliche, oltre a rendere estremamente difficile il rispetto del precitato articolo 52 del codice per molte stazioni appaltanti.

Pertanto, ove la scelta politica sia – come sembrerebbe emergere dalla formulazione apparentemente perentoria e "onnicomprendente" del citato comma 2-bis - quella di tenere indenni sempre e comunque gli operatori economici dai costi sostenuti dalla stazione appaltante per la gestione elettronica della procedura, questa dovrebbe essere assistita da previsioni intese a sostenere economicamente le amministrazioni aggiudicatrici in relazione ai costi ineludibili da queste affrontati. La Commissione è ben consapevole che una tale opzione implica il necessario reperimento di risorse, ma reputa altrettanto evidente che, in assenza di una tale opzione in tal senso, sarebbero scarsamente efficaci altre opzioni più volte suggerite dagli *stakeholders*, quale ad esempio quella di "rafforzare" la disposizione del comma 2-bis con l'espressa previsione della nullità delle clausole ad essa contrarie: innanzi tutto, perché non è dubitabile che la nullità di un'eventuale clausola del genere sussista già attualmente (per contrarietà a norma imperativa); in secondo luogo, perché il problema è quali clausole che si rinvencono nella prassi delle stazioni appaltanti, nella pratica e nei singoli casi, possano effettivamente qualificarsi come violative del divieto *de quo* (e, alla luce dei rilievi sopra svolti, il contenzioso su questo punto non verrebbe certamente disincentivato né ridotto da un'espressa previsione di nullità).

Un secondo terreno di interventi auspicati dagli operatori è quello delle spese sostenute dalle stazioni appaltanti per la pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara. In questo caso, la Commissione si è scontrata con la chiara estraneità della materia al proprio ambito di intervento, essendo la stessa disciplinata dal decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 2 dicembre 2016, emanato in attuazione dell'articolo 73 del codice; l'articolo 5 di detto decreto pone a carico



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

dell'aggiudicatario il rimborso delle spese per le pubblicazioni obbligatorie, con previsione riferita sia alle pubblicazioni su piattaforma informatica che a quelle su supporto cartaceo (laddove la norma primaria si limita a stabilire genericamente che le pubblicazioni debbano esser fatte “*senza oneri*” per la stazione appaltante), aggiungendo altresì che queste debbano essere rimborsate nel termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione. Al riguardo si evidenzia come tali oneri risultino spesso estremamente ingenti e tali da annullare completamente l'utile di impresa dell'aggiudicatario, vieppiù quando – come avviene molto di frequente – dopo l'aggiudicazione non intervenga nei termini di legge la stipulazione del contratto. Tuttavia, non essendo il d.m. 2 dicembre 2016 ricompreso fra quelli che a mente dell'articolo 216, comma 27-octies, del codice il regolamento unico è autorizzato ad abrogare, non si è ritenuto di poter intervenire sul punto, neanche con disposizioni regolanti diversamente tempi e modalità del rimborso.

V. Criticità in tema di motivi di esclusione dalla partecipazione alle gare. Dopo le modifiche apportate all'articolo 80 del codice dal decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12 (“Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione”), molti *stakeholders* hanno criticato le nuove previsioni in materia di “*gravi illeciti professionali*”, ritenendole eccessivamente penalizzanti per le imprese, e al limite anche di dubbia costituzionalità: le predette critiche si sono incentrate, oltre che sulla scelta di non richiedere più – come era nell'assetto previgente – che le carenze nell'esecuzione di pregressi contratti, tali da determinarne la risoluzione o condanne a risarcimenti danni o a penali, fossero accertate con sentenza definitiva ovvero non contestate dallo stesso operatore economico interessato, soprattutto sull'estrema genericità della formula impiegata dalla lettera c) del comma 5 dell'articolo 80, dopo che da questa erano state “scorporate” per farne oggetto di distinte previsioni (lettere c-bis) e c-ter) le fattispecie relative alle predette carenze di esecuzione di precedenti contratti ed a condotte tenute nel corso di procedure di gara, che nella versione originaria della norma ne integravano la formulazione, fornendo un'indicazione (ancorché esemplificativa) di quelli che potevano costituire “*gravi illeciti professionali*”.

La conseguenza, come dimostrato dalla giurisprudenza di prima applicazione della norma nella nuova formulazione, è un ampliamento della facoltà di valutazione discrezionale della stazione appaltante in ordine alle pregresse condotte dell'operatore economico; ciò non costituirebbe in sé un problema o una distorsione, se vi si accompagnasse la fissazione di parametri certi e oggettivi, tali da definire i contenuti degli obblighi informativi incombenti sulle imprese che partecipano alle gare. Allo stato attuale, la giurisprudenza afferma che l'operatore economico è tenuto a fornire alla stazione appaltante un quadro esaustivo della propria “vita” professionale, autodichiarando qualunque circostanza “ragionevolmente” idonea a incidere sul rapporto fiduciario che dovrà assistere il contratto di appalto o di concessione; si distingue poi fra omissione di dichiarazione, dichiarazione reticente e dichiarazione falsa, ciascuna delle quali è suscettibile di dar luogo a diverse determinazioni della stazione appaltante (fermo restando il rispetto dell'obbligo di contraddittorio con l'operatore interessato).

Tale assetto normativo è peraltro inevitabile, essendo coerente con i principi enunciati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea del 19 giugno 2019, in causa C-41/18, che ha ritenuto non



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

conforme all'articolo 57, paragrafo 4, della Direttiva 2014/24 la previgente formulazione dell'articolo 80 del codice, in virtù della quale la contestazione in giudizio della risoluzione contrattuale da parte dell'impresa era *ex se* idonea e sufficiente a precludere qualsiasi valutazione negativa della stazione appaltante in ordine all'affidabilità dell'impresa stessa in occasione di successive procedure di affidamento.

Malgrado gli sforzi della giurisprudenza, è però evidente come il descritto quadro normativo, oltre che di contenzioso, può essere foriero di disomogenee prassi e difformi atteggiamenti da parte delle stazioni appaltanti, con effetti pregiudizievoli per gli operatori economici (anche solo sul piano dell'incertezza in ordine alle *chances* di utile partecipazione alle procedure selettive). Si rende necessario, pertanto, un nuovo intervento nuovamente su questa parte dell'articolo 80, che dovrebbe svilupparsi lungo tre direttrici:

- a) ricollegare le cause di esclusione di cui alle lettere c), c-bis) e c-ter) del comma 5 a un accertamento oggettivo, operato da un'autorità esterna in sede civile, penale, amministrativa o contabile;
- b) modulare diversamente l'obbligo di motivazione della stazione appaltante a seconda che il predetto accertamento sia definitivo, essendosi concretato in una sentenza definitiva ovvero in un provvedimento amministrativo inoppugnabile, oppure che le condotte ascritte all'operatore economico siano ancora *sub iudice* in sede giudiziale o amministrativa;
- c) attribuire alla stazione appaltante, con previsione "di chiusura", la facoltà di escludere dalla procedura un operatore economico anche in presenza di condotte accertate con mezzi diversi da quelli di cui ai precedenti punti a) e b), previo un obbligo di motivazione particolarmente rafforzato (quest'ultima previsione appare imprescindibile, una volta che siano stati posti dei "paletti" all'ambito di potenziale operatività delle cause di esclusione in esame, al fine di non "ingessare" eccessivamente le valutazioni rimesse alla stazione appaltante, rischiando di escluderne eventuali e sempre astrattamente possibili condotte pregresse dell'impresa appaltante le quali, ancorché non definitivamente accertate né oggetto di accertamento *in itinere*, risultino certe storicamente e suscettibili di incidere sull'affidabilità dell'impresa stessa).

Infine, appare evidente che le Linee guida n. 6 dell'ANAC, già parzialmente superate per effetto delle modifiche introdotte dal d.l. n. 135/2018, dovranno essere ulteriormente aggiornate e modificate per effetto delle ulteriori innovazioni qui proposte.

VI. Concessioni affidate senza il rispetto dell'evidenza pubblica. Essendosi deciso, come già accennato, di inserire nel regolamento anche alcune norme attuative e integrative della disciplina codicistica di concessioni e PPP, si è posto fra gli altri il problema dell'interpretazione dell'articolo 177 del codice, il quale obbliga i "*soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea*", ad affidare mediante procedura a evidenza pubblica una quota pari all'80% (ridotta al 60% per le concessioni autostradali) dei "*contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro*", fissando all'uopo il termine di 24 mesi per l'attuazione di tale obbligo.



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

La disposizione, la cui entrata in vigore è stata differita più volte nel tempo (e, da ultimo, al 31 dicembre 2020), ha fin da subito posto problemi interpretativi in ordine alla sua portata, e specificamente all'individuazione dei “*contratti*” su cui deve essere computata la percentuale dell'80% (o del 60%) da riaffidare; in sostanza, ci si è chiesti come vada individuata la “base” di tale quota percentuale, se con riferimento al valore complessivo della concessione ovvero a quello delle sole attività o prestazioni (“*contratti*”) che il concessionario abbia a sua volta esternalizzato, affidandole a terzi.

Sul punto sono intervenute le linee guida dell'ANAC n. 11 del 26 giugno 2019, emanate ai sensi del comma 3 del medesimo articolo 177 e precedute dal parere del Consiglio di Stato n. 1528 del 5 giugno 2018. In entrambi tali provvedimenti sono contenute due affermazioni apparentemente non del tutto conciliabili:

- a) da un lato, la *ratio* generale dell'articolo 177 non sarebbe quella di imporre una dismissione anticipata per quota parte delle concessioni rispetto alla loro naturale scadenza, ma solo quella di “*restituire al mercato*” le prestazioni e attività che i concessionari abbiano affidato a terzi direttamente, attraverso riaffidamenti da compiere mediante evidenza pubblica man mano che i relativi contratti vengano a scadenza (fermo restando l'obbligo della realizzazione della percentuale stabilita dalla norma alla scadenza del biennio dalla stessa fissato);
- b) tuttavia, nella definizione della “base” su cui operare il calcolo della predetta percentuale non può tenersi conto solo delle attività che il concessionario abbia esternalizzato o intenda esternalizzare, ma anche di quelle che egli svolge direttamente in proprio attraverso la propria organizzazione di impresa.

La prima affermazione è motivata sul rilievo che la norma non ha una funzione sanzionatoria, ma meramente riequilibratrice, anche perché non è affatto detto che gli affidamenti a cui si riferisce siano illegittimi o illeciti (potendo risalire, come in fatto spesso è, a epoche in cui ancora non v'era chiarezza sulla necessità di seguire la normativa europea anche per l'affidamento delle concessioni di servizi in questione); inoltre, è solo oggi che è positivamente certo che i concessionari sono a tutti gli effetti stazioni appaltanti, e quindi a loro volta tenuti a rispettare gli obblighi di evidenza pubblica allorché affidano a terzi singole prestazioni.

La seconda affermazione si basa sul fatto che già nella prima stesura del “correttivo” al codice (decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56) il legislatore aveva cercato di modificare l'articolo 177 precisando che dal calcolo dell'80% (o 60%) erano escluse le attività svolte in proprio dal concessionario, nonché quelle di manutenzione, ma la norma era stata cassata su indicazione del Consiglio di Stato (parere n. 782 del 30 marzo 2017), che vi aveva ravvisato un contrasto con l'articolo 1, comma 1, lettera *iii*), della legge delega n. 11/2016, alla cui stregua non sembra dubitabile che la percentuale vada computata sull'intero oggetto della concessione, ivi comprese le attività svolte in proprio dal concessionario. In sede di esame delle linee guida n. 11, nel richiamare il proprio precedente avviso, il Consiglio di Stato ha peraltro evidenziato come l'interpretazione della legge delega nel senso suindicato si presti a dubbi di costituzionalità, in quanto “*l'obbligo di esternalizzare, per raggiungere la soglia dell'80%, anche attività che potrebbero essere eseguite in proprio avvalendosi esclusivamente della propria organizzazione aziendale, e dei mezzi, strumenti*



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

e risorse esclusivamente appartenenti al concessionario, sembra in contraddizione con i principi scaturenti dall'art. 41 cost.”, ed ha pertanto segnalato il punto al legislatore per le valutazioni del caso circa un intervento modificativo della legge.

Si è dunque rinunciato all'originaria idea di inserire una norma esplicativa sulla questione, dovendosi prendere atto che, se a tanto non è stata reputata idonea una norma primaria, *a fortiori* non può esserlo una regolamentare. Peraltro, all'interno della Commissione erano emerse opinioni diversificate in ordine alle possibili soluzioni, essendovi da un lato chi riteneva doversi chiarire una volta e per tutte la portata della norma del codice non abnormemente penalizzante anche per le prospettive future di attività degli operatori interessati (nonché non a rischio di incostituzionalità, come evidenziato dal Consiglio di Stato), e dall'altro chi rappresentava i potenziali rischi di ricadute negative in sede europea in caso di opzioni non chiare e conclusive nel senso della “restituzione al mercato” delle commesse in questione in tempi certi.

Resta palese, peraltro, che alla questione dovrà esser data una soluzione normativa definitiva (verosimilmente all'esito di una scelta politica in un senso o nell'altro), non essendo pensabile seguitare a rinviare *ad libitum* l'entrata a regime di un aspetto così essenziale della disciplina codicistica.

VII. Miglioramento e rilancio del project financing e del partenariato pubblico privato. Molti *stakeholders* invocano l'introduzione di previsioni idonee a incentivare maggiormente il coinvolgimento degli investitori istituzionali nei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP), proseguendo nel solco inaugurato, in modo giudicato ancora incompleto e insoddisfacente, dalla legge n. 55/2019 di conversione del d.l. n. 32/2019. Si osserva infatti che in tutti i paesi dell'area OCSE il risparmio istituzionale (fondi pensione, assicurazioni vita, Casse di previdenza) è cresciuto in modo esponenziale e questa massa rilevante di “risorse responsabili” – di previdenza contributiva – ha indotto gli investitori istituzionali (fondi infrastrutturali partecipati da fondi pensione e assicurazioni vita o anche direttamente tali investitori) a cercare impieghi idonei a garantire equilibri demografico-finanziari di lungo termine. In tale prospettiva accanto all'eleggibilità per l'*equity* e alla bancabilità per i finanziamenti assume per tali investitori importanza fondamentale la “addizionalità”, ovvero l'impatto effettivo sull'economia, l'ambiente, l'innovazione e le dinamiche sociali. Pertanto, una parte crescente di risorse è indirizzata ad investimenti in infrastrutture sociali urbane, nei settori della sanità e dell'istruzione, costruite con canone di disponibilità in quanto dedicate all'erogazione di servizi pubblici.

Si ritiene che in Italia gli investitori istituzionali incontrino difficoltà ad investire in infrastrutture per i limiti e le anomalie che caratterizzano la regolazione del PPP, storicamente caratterizzato da una visione appaltistica. In particolare, tra i principali vincoli ravvisabili nella legislazione italiana che limitano ed alterano la concorrenza nelle operazioni *greenfield* (ossia di investimento su nuove infrastrutture), si segnalano i seguenti:

- un investitore aggiudicatario di un contratto di concessione di costruzione e gestione, qualora non abbia i requisiti tecnici di un'impresa di costruzioni, deve obbligatoriamente costituirsi in r.t.i. o costituire una società di progetto con una o più imprese esecutrici (e/o gestori di servizi);



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

- qualora l'investitore che non abbia i requisiti tecnici e non si sia costituito in r.t.i. o abbia costituito una società di progetto con le imprese esecutrici sia selezionato come promotore, deve affidare i lavori con una gara ad evidenza pubblica (articolo 164 del codice), come se fosse una stazione pubblica appaltante anziché un privato.

Questa normativa è criticata dagli *stakeholders* in quanto, oltre a garantire una rendita di posizione alle imprese di costruzione, finisce col penalizzare l'investitore professionale e istituzionale che rischiando *equity* ha come obiettivo primario non la costruzione, ma l'organizzazione dell'intera operazione di costruzione e gestione di un *asset*, al fine di ricavarne un ritorno predefinito, operando in collaborazione con la P.A. concedente durante le fasi del processo, intervenendo direttamente su tutti gli elementi che determinano la redditività dell'iniziativa nella prospettiva di una struttura progettuale priva di conflitti di interesse, orientata all'allineamento di interesse e adeguata a gestire le trasformazioni e l'adeguamento tecnologico dell'*asset* stesso. Si segnala altresì che l'investitore con il contratto di concessione si assume tutti i rischi dell'operazione, compreso il rischio costruzione, ma non quello dell'impresa di costruzioni che si configura come un fornitore di una prestazione, e pertanto dovrebbe essere messo in grado di organizzare liberamente i fattori produttivi per rispondere complessivamente alle obbligazioni sottoscritte.

Sotto diverso profilo, si assume che non si comprende il perché l'investitore concessionario, in virtù del fatto che la gara con evidenza pubblica sia già stata esperita *a monte*, non possa selezionare l'impresa esecutrice tramite gara privata, consentendo la possibilità di sostituirla qualora ne ravvisi la ragione (es. fallimento, comportamenti, *performance*), nel rispetto del piano economico finanziario e dei requisiti tecnico economici richiesti dal bando. Al riguardo, da ricerche effettuate nei principali paesi europei sulle legislazioni di recepimento della Direttiva europea sulle concessioni (2014/23/UE) emerge come l'obbligo per il concessionario di costituirsi in r.t.i. o costituirsi in società di progetto con le imprese esecutrici ovvero l'obbligo di selezionare l'impresa esecutrice con gara pubblica sia una peculiarità italiana.

Una prima risposta a queste esigenze, come detto, è stata inserita nella legge di conversione n. 55/2019 del decreto-legge n. 32/2019, con l'introduzione nell'articolo 183 del codice del comma 17-bis, che definisce il perimetro degli investitori istituzionali abilitati a presentare autonomamente proposte di PPP senza l'obbligo di indicare nella fase di offerta le imprese esecutrici dei lavori e/o il gestore dei servizi né tantomeno di costituire un r.t.i. con l'impresa esecutrice dei lavori e/o gestore dei servizi. Con il nuovo comma 17-bis il legislatore ha quindi esteso anche agli investitori istituzionali la possibilità di presentare proposte tramite la modalità della finanza di progetto, ricomprendendo anche gli istituti nazionali di promozione, quali ad esempio la Cassa depositi e prestiti S.p.a. che si configura come istituto nazionale di promozione ai sensi della normativa europea sugli investimenti strategici. Analoga apertura viene fatta agli istituti nazionali di promozione. Questi soggetti si aggiungono quindi all'elenco del precedente comma 17 dello stesso articolo 183 che già comprende, fra gli altri, i fondi immobiliari, gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR) istituiti in Italia, gli enti di previdenza, le imprese di assicurazione italiane, gli intermediari bancari e finanziari italiani vigilati e gli investitori istituzionali esteri.



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

La norma ha però lasciato nell'incertezza due aspetti non banali, anzi fondamentali perché la previsione possa avere in concreto le ricadute auspiccate: da un lato, non è ben chiaro, alla luce del dettato normativo, come debbano essere individuati i requisiti di qualificazione dei professionisti, studi e società che potrebbero essere associati o consorziati dai soggetti investitori per la redazione del progetto di cui la proposta si compone (se, infatti, il presupposto per il coinvolgimento dei progettisti è che i soggetti investitori siano “*privi dei requisiti tecnici*” occorrerebbe che in qualche momento tali requisiti fossero stati definiti, il che non è trattandosi di proposte spontaneamente avanzate dagli investitori stessi); in secondo luogo, la norma non si occupa della fase successiva di affidamento dei lavori da parte dei soggetti concessionari risultati vincitori del bando, dovendo pertanto concludersi che resti valida anche per essi la regola generale dell'articolo 164, comma 5, del codice, e quindi che all'affidamento debba procedersi mediante procedura a evidenza pubblica. È questo, secondo gli *stakeholders*, il principale vincolo la cui permanenza – non giustificata da retrostanti disposizioni eurounitarie - scoraggia un serio impegno degli investitori istituzionali in questa tipologia di operazioni economiche.

Si è consapevoli che, nell'attuale momento di crisi economica conseguente al “blocco” di ogni attività produttiva imposto dalla pandemia, questo potrebbe non porsi come intervento prioritario, essendo difficile prevedere che nel breve periodo vi siano investitori disposti a mobilitare risparmio privato per la realizzazione di infrastrutture. Tuttavia, a regime potrebbe essere il caso di completare il processo riformatore *in subiecta materia* inaugurato dalla legge n. 55/2019, lungo due linee fondamentali:

- a) esonerare espressamente gli investitori istituzionali, i quali presentino una proposta ai sensi dell'articolo 183, commi 15 e 17-bis, del codice e risultino vincitori nella successiva procedura selettiva indetta dall'amministrazione, dall'obbligo di seguire una procedura a evidenza pubblica per l'individuazione dell'impresa affidataria dei lavori (nonché degli eventuali subappaltatori), ferma restando la necessità che l'amministrazione concedente sia comunque messa tempestivamente in condizioni di poter verificare il possesso dei requisiti di qualificazione in capo all'impresa esecutrice, nonché a quelle che a questa dovessero subentrare durante i lavori ed ai subappaltatori;
- b) chiarire che i requisiti del progettista, il cui mancato possesso legittima l'investitore istituzionale ad associare o consorzare un professionista o uno studio o una società di ingegneria, devono essere definiti, ai sensi dell'articolo 46, comma 2, del codice (e, quindi, del regolamento unico di attuazione del codice stesso), sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica da predisporre e allegare alla proposta.

VIII. Appalto integrato. Con riguardo all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori, la Commissione si è mossa nel solco della scelta originaria del codice, come noto di netta chiusura all'istituto, sebbene il divieto di siffatto affidamento contenuto nell'articolo 59 (salvo che in fattispecie circoscritte e determinate) sia oggi sospeso fino al 31 dicembre 2020 per effetto del d.lgs. n. 32/2019. Pur essendosi posto inizialmente il problema se tener conto del dibattito in corso fra gli operatori del settore in ordine a possibili interventi *de jure condendo* sulla materia, si è ritenuto di non poter “opzionare il futuro” rispetto a scelte di cui sono incerti non solo



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

l'*an*, ma anche i tempi e i contenuti, disegnando quindi una disciplina subprimaria che tiene conto unicamente dell'attuale assetto di quella primaria.

Pertanto, in adesione anche alle richieste pervenute da molti *stakeholders*, il regolamento assume un atteggiamento di "non apertura" verso l'ipotesi di affidamento sulla base del solo progetto di fattibilità tecnica ed economica, chiarendo una volta per tutte che a tale modalità non può ricorrersi al di fuori dei casi in cui essa è espressamente prevista dal codice (si tratta, fra le ipotesi previste dal precitato articolo 59, del *project financing*, del contratto di disponibilità, della locazione finanziaria e della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri concessori). Per il resto, la disciplina dettata ricalca a grandi linee quella contenuta nel previgente d.P.R. n. 207/2010 con le modifiche e integrazioni rese necessarie per tener conto di discipline sopravvenute e di istanze degli operatori del settore ritenute meritevoli di condivisione.

Questa parte del regolamento potrebbe però divenire rapidamente obsoleta e/o insufficiente per effetto di quelle che saranno le scelte assunte al livello della legislazione primaria. Da molte parti, in una prospettiva di rivitalizzazione del processo di infrastrutturazione del paese e di rilancio dell'economia nazionale (specie all'esito della sopravvenuta situazione di emergenza sanitaria), si suggerisce la definitiva eliminazione del divieto di cui all'articolo 59, limitatamente all'affidamento sulla base del progetto definitivo, o quanto meno un prolungamento della sua sospensione (in effetti contenuto nella bozza del decreto-legge di prossima pubblicazione), al fine di consentire a molti soggetti aggiudicatori di acquisire le risorse, il personale e il *know how* necessari per poter provvedere personalmente a tutta la fase di progettazione (non v'è chi non colga lo stretto nesso tra la questione testé esaminata e il tema, sopra evocato al punto *sub II*, della qualificazione delle stazioni appaltanti).

IX. Subappalto e avalimento. È noto che le recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, con le quali è stata sancita la contrarietà alla normativa eurounitaria delle disposizioni del diritto italiano che introducono limiti percentuali al subappalto consentito e prescrivono ai concorrenti di indicare già in sede di offerta la "terna" di imprese fra le quali selezioneranno i propri subappaltatori, impongono una sollecita rivisitazione di alcune norme del codice, *in primis* l'articolo 105, al fine di rimuoverne quegli aspetti che – al di là dell'obbligo di disapplicazione delle stesse, già immediatamente discendente dalle predette sentenze - potrebbero ormai esporre l'Italia a una procedura comunitaria di infrazione. Malgrado qualche isolata presa di posizione della giurisprudenza, si è dell'opinione che il chiaro avviso della Corte comporti l'obbligo di disapplicazione di ogni norma, anche non direttamente colpita dalle sentenze suindicate, che ponga limiti generali al subappalto: il che rende ragione dell'indifferibilità di un intervento del legislatore, al fine di evitare che ciascuna stazione appaltante sia lasciata libera di assumere determinazioni in autonomia e in assenza di riferimenti normativi.

Il tema non è direttamente afferente al regolamento attuativo del codice (se non per alcune disposizioni in cui si fa rinvio alla normativa primaria in materia di subappalto, la cui formulazione è stata volutamente lasciata generica), ma si ritiene in questa sede di dover evidenziare come i recenti pronunciamenti della Corte UE evidenzino l'ormai ineludibile necessità di una profonda rivisitazione della disciplina nazionale del subappalto nei contratti pubblici, specie se riguardata



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

sotto il profilo del suo rapporto con l'istituto di origine eurounitaria dell'avvalimento (del quale invece il regolamento si occupa, con disposizioni che riproducono ampiamente quelle già contenute nel previgente d.P.R. n. 207/2010).

X. Criterio di aggiudicazione del minor prezzo. Il d.l. n. 32/2019 e la relativa legge di conversione hanno inciso anche sui criteri di aggiudicazione di appalti e concessioni, ritagliando al criterio del minor prezzo uno spazio maggiore rispetto all'impianto originario del codice, che si era caratterizzato per un netto sfavore verso questo meccanismo di aggiudicazione. In particolare, per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice vi è ormai piena equivalenza tra criterio del minor prezzo e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre per quelli di importo superiore alle dette soglie permane la preferenza normativa verso il secondo criterio, ma in alcuni casi è possibile ricorrere anche al primo, previa adeguata motivazione da parte della stazione appaltante: in particolare, ciò avviene per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera (articolo 95, comma 4).

Un ulteriore ampliamento della possibilità di ricorso al criterio del minor prezzo viene sollecitato da molti operatori, facendo leva su una pluralità di argomenti: la maggiore speditezza delle procedure articolate su di esso; la non necessità di individuare il personale esperto da inserire nella Commissione giudicatrice richiesta per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con le connesse difficoltà per le stazioni appaltanti di minori dimensioni); la maggior possibilità di accesso alle gare per imprese in crisi etc. Vi è però da considerare anche l'opposta esigenza di scongiurare aggiudicazioni disposte sulla base di offerte scarsamente sostenibili, con i conseguenti inconvenienti in fase di esecuzione (richieste di varianti, revisioni dei prezzi, riserve etc.) e i connessi rischi di contenzioso.

In tale cornice, senza giungere a proporre un ritorno all'originario assetto più restrittivo per il criterio di aggiudicazione in esame (specie per i contratti "sotto soglia"), è pervenuta da alcuni operatori la richiesta di prevedere per la stazione appaltante la possibilità o l'obbligo di fissare nella *lex specialis* di gara una percentuale minima di ribasso, il cui mancato rispetto comporti l'automatica esclusione dalla gara dei concorrenti interessati. Siffatta previsione, proprio a cagione dei suoi effetti automaticamente espulsivi, non si è ritenuto potesse essere introdotta dalla fonte regolamentare.

XI. Revisione dei prezzi. Il codice del 2016 ha profondamente innovato l'istituto della revisione periodica dei prezzi in fase di esecuzione dell'appalto, introducendo il principio che tale revisione – a differenza che nell'assetto normativo antecedente – non è obbligatoria, ma facoltativa. Più precisamente, così come tutte le modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia, la revisione dei prezzi può avvenire solo se prevista nei documenti di gara con una clausola chiara, precisa e inequivocabile. Si soggiunge poi, con specifico riferimento alle clausole di revisione dei prezzi, che queste "*fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del*



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà" (articolo 106, comma 1, lettera a).

Tali previsioni hanno comportato il superamento del sistema del c.d. "prezzo chiuso" che aveva connotato il regime previgente, laddove l'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in connessione col meccanismo di revisione periodica dei prezzi, ancorava le modifiche da apportare a parametri precostituiti, segnatamente in misura pari al prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente fosse superiore al 2 per cento, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi; detta percentuale era fissata, giusta l'articolo 133, comma 2, del medesimo d.lgs. n. 163/2006, con decreto del Ministro dei lavori pubblici da emanare entro il 31 marzo di ogni anno, nella misura eccedente la predetta percentuale del 2 per cento. Il superamento di tale sistema è oggi confermato *e contrario* dalla disposizione transitoria di cui all'articolo 216, comma 27-ter, del codice, che recita: "Ai contratti di lavori affidati prima dell'entrata in vigore del presente codice e in corso di esecuzione si applica la disciplina già contenuta nell'articolo 133, commi 3 e 6, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".

La scelta del legislatore del 2016, ispirata dal lodevole intento di arginare le revisioni generalizzate dei prezzi contrattuali in una prospettiva di più attenta amministrazione delle risorse pubbliche, ha però prodotto l'inconveniente di rimettere alle determinazioni delle singole stazioni appaltanti – ancorché da esternare *a monte* nella documentazione di gara – le scelte afferenti non solo all'*an* della revisione, ma anche al *quando* (ossia all'individuazione delle ipotesi in cui può farsi luogo a modifica dei prezzi contrattuali) e in una certa misura finanche al *quantum* delle modifiche stesse. Infatti, nessun parametro certo e oggettivo è stabilito a fronte dell'ipotesi in cui manchino o non risultino aggiornati i prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, del codice; prezziari la cui applicazione è peraltro limitata ai soli contratti aventi a oggetto lavori, mentre per i servizi e le forniture nessun criterio è definito dal legislatore. A ciò si aggiunge l'assenza di previsioni su meccanismi di controllo delle determinazioni assunte dalle varie stazioni appaltanti, nonché sull'applicazione che le stesse ricevono in fase di esecuzione contrattuale, col conseguente rischio di prassi distorsive e disomogenee, in definitiva perniciose per le finanze pubbliche.

Per questi motivi, la Commissione ha inteso inserire nel regolamento una disposizione (l'articolo 184) con cui si cerca di dettare un minimo di regole e criteri all'operato delle stazioni appaltanti *in subiecta materia*, anche per i casi in cui non sia possibile disporre di prezziari di riferimento, introducendo altresì un obbligo di informativa all'ANAC delle determinazioni assunte sulla revisione dei prezzi. Si impone comunque una riflessione sull'opportunità in sede di revisione del codice, se non di tornare al previgente regime di revisione obbligatoria (il quale aveva comunque la *ratio* di scongiurare abbassamenti qualitativi delle prestazioni contrattuali per effetto di aumenti dei prezzi, in un contesto caratterizzato da un'inflazione ben maggiore di quella attuale), quanto meno di integrare la disciplina con previsioni idonee a scongiurare o attenuare i rischi cui si è accennato.



**Ministero delle
Infrastrutture e dei
Trasporti**

Ufficio di Gabinetto del Ministro

5. Conclusioni.

Si è consapevoli che molti dei punti critici illustrati al paragrafo precedente sono in corso di approfondimento da parte di questo stesso Ministero, nell'ambito del processo normativo in corso sulla necessaria semplificazione della legislazione in materia di contratti pubblici (sia per l'attuale fase emergenziale che a regime, come accennato in premessa). Ciò induce a non escludere la possibilità che il presente articolato possa essere oggetto di modifiche più o meno dettagliate durante l'*iter* procedimentale che dovrà precederne l'approvazione e l'entrata in vigore.

Peraltro, nell'attuale momento di profonda crisi economica non sono mancate voci di commentatori e *stakeholders* le quali hanno rappresentato l'inopportunità della stessa scelta di far entrare in vigore il regolamento attuativo, almeno per ora, giungendosi da taluno finanche ad auspicare un totale "azzeramento" anche della normativa subprimaria in atto vigente (qualunque cosa con ciò voglia intendersi, specie con riguardo agli effetti che ciò produrrebbe in termini di vuoti di disciplina in numerosi settori). Le direttive ministeriali ad oggi ricevute – come già detto in premessa - non si pongono in linea con tali richieste, essendosi piuttosto rappresentata l'esigenza di prendere ulteriore tempo al fine di verificare la coerenza complessiva del testo regolamentare, prima della sua entrata in vigore, con le nuove norme di rango primario che *medio tempore* dovessero essere introdotte. Non ci si nasconde, però, che un'ipotesi alquanto ragionevole è che si decida alla fine di differire l'entrata in vigore del regolamento, spostandola ad un momento in cui la vigenza delle predette norme emergenziali sarà cessata, e comunque il quadro normativo primario si sarà nuovamente (e auspicabilmente) stabilizzato.

Qualora questa fosse la scelta, e dovessero dunque aprirsi spazi per una più ampia e meditata revisione del testo regolamentare alla luce delle nuove e sopravvenute esigenze, questa Commissione resta in ogni caso a disposizione per qualsiasi ausilio o contributo che dovesse rendersi necessario.