

PAPER ASTRID

Il Codice degli appalti e le possibili misure di revisione

a cura di Luisa Torchia

LUGLIO 2018

Il paper è frutto del lavoro di ricerca svolto dal gruppo di studio di Astrid “*Il Codice dei contratti pubblici due anni dopo: la prova dei fatti*”, coordinato da Luisa Torchia, al quale hanno partecipato: Enrico Arcuri, Simona Barchiesi, Franco Bassanini, Martina Beneventi, Alessandro Botto, Matteo Candidi, Giovanni Canepa, Enzo Cannizzaro, Sebastiano Capotorto, Francesca Ceci, Giovanni Cocco, Antonio Conforti, Stefano De Marinis, Martina Dezi, Fabio Di Cristina, Giuseppe Di Gregorio, Alessandro Fiocco, Antonio Gennari, Luigi Giampaolino, Edoardo Giardino, Christian Fernando Iaione, Alessandro Labellarte, Mario Libertini, Massimiliano Lombardo, Marco Macchia, Michela Mancini, Cosimo Marraffa, Margherita Martini, Paolo Martone, Mario Rosario Mazzola, Federico Merola, Alessandra Miraglia, Elisabetta Murolo, Alessandro Natalini, Massimo Nunziata, Francesca Olini, Francesca Ottavi, Fabio Pammolli, Francesco Parlato, Leduina Petrone, Gennaro Ranieri, Massimo Ricchi, Fulvio Röhrssen di Limina, Anna Romano, Rosa Rota, Camilla Sciacca, Benedetta Sebastiani, Angelo Spena, Mattia Stella, Iole Tammaro, Simone Tani, Fabrizio Telò, Alessandro Tonetti e Antonio Trogu.

Premessa

Con il Codice degli appalti il legislatore italiano ha, contemporaneamente, recepito le direttive europee del 2014 in materia di settori ordinari, settori speciali e concessioni, rivista la precedente disciplina nazionale ed eliminato il regolamento attuativo della disciplina.

Questa complessa operazione ha inevitabilmente comportato molti cambiamenti e portato all'introduzione di molti nuovi istituti e regole, la cui attuazione ha creato e sta ancora creando una diffusa incertezza e difficoltà applicative per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici.

Vi sono ampie parti del Codice che ancora non sono entrate a regime o per le quali mancano gli atti attuativi, come ad esempio, la qualificazione delle stazioni appaltanti e la sostituzione del precedente regolamento con la cosiddetta regolazione flessibile, che non sempre si è mostrata in grado di fornire un quadro chiaro e indicazioni in linea con le esigenze di semplificazione e di efficienza del settore. Vi sono vincoli introdotti nel Codice indipendentemente dalle previsioni delle direttive europee, come ad esempio in materia di subappalto, o di soglie di punteggio, che rendono più difficile la partecipazione alle gare e lo svolgimento delle stesse gare da parte delle amministrazioni.

Dopo due anni dall'entrata in vigore del Codice i nodi e le difficoltà segnalati sia dalle stazioni appaltanti, sia dagli operatori economici e dalla dottrina possono essere divisi in due grandi gruppi:

a. i problemi che possono trovare soluzione con misure di modifica da introdurre immediatamente, per consentire rapidamente lo svolgimento più celere delle gare e la ripresa degli investimenti nel settore, rimuovendo vincoli che hanno dimostrato di non funzionare e assicurando un maggior grado di certezza sulle regole applicabili;

b. le questioni che richiedono, invece, valutazioni e scelte di natura strategica, che richiedono un'attenta considerazione delle diverse possibili opzioni di modifica.

Il primo tipo di misure potrebbe essere adottato con un provvedimento legislativo (anche eventualmente un decreto legge) da adottare nel giro di qualche settimana, in modo da produrre gli effetti desiderati entro la fine dell'anno.

Il secondo tipo di misure potrebbe essere invece inserito in un disegno di legge delega, al quale dare attuazione in un secondo momento con un decreto legislativo.

Il documento allegato contiene analisi e proposte per il primo tipo di misure, mentre si limita ad elencare sinteticamente le questioni da affrontare con il secondo tipo di misure.

SOMMARIO (con collegamenti interni)

1. Le possibili misure di revisione

- Lo svolgimento delle gare: la successione delle fasi e la possibilità, prevista dalle direttive di esaminare prima le offerte e poi la documentazione amministrativa
- Sulla documentazione di gara, sulla verifica dei requisiti e sui mezzi di prova
- Sulla verifica dei requisiti
- Sui gravi illeciti professionali
- Sui mezzi di prova
- Le regole dell’aggiudicazione e i tetti ai punteggi
- Sul subappalto
 - Sui limiti quantitativi al subappalto
 - Sull’obbligo di indicare una terna di subappaltatori in sede di offerta
 - Sulla sostituzione dei subappaltatori e i motivi di esclusione
- L’articolazione delle gare: la suddivisione in lotti e l’aggregazione della spesa
- Sull’estensione del ricorso agli accordi quadro derivanti da sistema dinamico ai soggetti aggregatori
- Sui mercati elettronici
- Sui partecipanti alla gara: RTI e consorzi
- Sulle garanzie per le procedure in forma aggregata
- Sull’anomalia dell’offerta e i costi del personale
- Sull’articolo 177 relativo agli obblighi dei concessionari
- Avvalimento
- La disciplina in materia di appalti fra enti pubblici: l’in house orizzontale
- Il Codice dei contratti e le imprese pubbliche

2. Le questioni da affrontare mediante misure previste in un disegno di legge delega

1. Le possibili misure di revisione

Lo svolgimento delle gare: la successione delle fasi e la possibilità, prevista dalle direttive di esaminare prima le offerte e poi la documentazione amministrativa

Il problema: il legislatore nazionale non ha recepito un importante strumento di flessibilità previsto dalla direttiva (art. 56, paragrafo 2 della direttiva 2014/24) rappresentato dalla possibilità di procedere all'esame delle offerte prima della verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione. Ciò nonostante il criterio direttivo di cui all'articolo 1, comma 1, della lettera f) della legge delega disponeva il recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle direttive.

Criticità: la disposizione comunitaria consente di procedere - laddove ritenuto percorribile dalla stazione appaltante in relazione allo specifico appalto, ad esempio nel caso in cui si utilizzino formule a punteggio assoluto - all'esame delle offerte tecniche ed economiche in una prima fase, e solo successivamente ai controlli relativi all'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione sull'aggiudicatario. I benefici sono particolarmente rilevanti in termini di semplificazione procedurale e nel caso di procedure gestite con strumenti telematici. Le stazioni appaltanti non possono attualmente usufruire dei vantaggi derivanti da tale misura di flessibilità e semplificazione prevista nel diritto comunitario:

Proposta: intervento normativo che introduca la possibilità per le stazioni appaltanti di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione.

All'articolo 94, dopo il comma 2 è aggiunto il seguente: “3. *Nelle procedure aperte, le stazioni appaltanti possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi del presente codice. Se si avvalgono di tale possibilità, le stazioni appaltanti garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un*

offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 80 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dalla stazione appaltante.”

In caso di approvazione di questa modifica sarà necessario armonizzare anche il testo dell'art. 204.

Sulla documentazione di gara, sulla verifica dei requisiti e sui mezzi di prova

Il problema: le certificazioni e gli altri documenti rilevanti ai fini della prova dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 presentano diverse validità temporali (ad es. il certificato del casellario giudiziale ha validità di 6 mesi dalla data di rilascio, il Durc ha validità di 120 giorni dalla data del rilascio, mentre alcune certificazioni comprovanti altri requisiti dichiarati all'interno del DGUE – quali regolarità fiscale, ottemperanza alle norme per il diritto al lavoro dei disabili - non hanno una esplicita validità temporale).

Criticità: la diversa durata di tali certificazioni comporta aggravi e complessità nella gestione della procedura di verifica dei requisiti da parte delle stazioni appaltanti;

Proposta: intervento normativo che uniformi, mediante l'indicazione di un unico termine, la durata della documentazione necessaria anche solo ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui all'articolo 80 in capo ai concorrenti, ai soggetti di cui essi si avvalgono e ai loro subappaltatori.

All'articolo 86, dopo il comma 2 è aggiunto il seguente: “*2-bis. Ai soli fini della prova dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 in capo all'operatore economico che partecipa alla procedura, ai soggetti di cui l'operatore economico si avvale ai sensi dell'articolo 89 nonché ai subappaltatori, i certificati e gli altri documenti hanno una durata pari a 6 mesi dalla data del rilascio”.*

Sulla verifica dei requisiti

Il problema: l'articolo 80 comma 3 del Codice individua i soggetti nei cui confronti deve essere verificata la sussistenza di un decreto o una sentenza di condanna che determinerebbe l'esclusione dalla procedura di gara dell'impresa presso cui operano.

Criticità: il comma 3 dell'art. 80, nell'elencare i soggetti nei confronti dei quali rileva la sussistenza di decreto/sentenza di condanna, pone alcune criticità e difficoltà operative laddove fa riferimento, oltre che ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, anche a “*soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo*”. Infatti, tale ultima categoria non è immediatamente evidente dall'organizzazione di impresa in quanto non riconducibile agli organi di vertice che hanno la rappresentanza dell'impresa stessa o soggetti cui siano riconducibili in virtù del ruolo ricoperto, i poteri di direzione e vigilanza, potendo riguardare altri soggetti, non meglio identificati, muniti di una qualche procura appositamente conferita.

Proposta: intervento normativo che circoscriva/specifichi che l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 rileva con riferimento ai soggetti appartenenti all'organo di direzione o di vigilanza dell'operatore economico che siano muniti di poteri di rappresentanza.

All'articolo 80, comma 3, dopo le parole “di direzione o di vigilanza” sopprimere le parole “o dei soggetti”.

Sui gravi illeciti professionali

Il problema: tra le cause di esclusione dalla partecipazione alla procedura di gara pubblica, l'art. 80, comma, 5 lett. c) del Codice contempla l'ipotesi in cui la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Criticità: la norma interna dispone che il grave illecito professionale, in specie la risoluzione anticipata di un contratto di appalto, non legittima l'esclusione dell'operatore laddove l'illecito professionale sia stato dall'interessato contestato in giudizio. Per il legislatore europeo, invece, è possibile escludere l'operatore economico qualora la stazione

appaltante sia in condizione di dimostrare la sussistenza di un grave illecito professionale “anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori”.

Di qui, non solo la violazione della direttiva quanto la subordinazione dell’azione amministrativa agli esiti processuali, quindi, ai tempi incerti ed imprevedibili della giustizia amministrativa, con evidente violazione dei principi di proporzionalità e parità di trattamento.

Proposta: intervento normativo che elimini la discrasia rispetto alla previsione euro-unitaria.

All’articolo 80, comma 5, lett. c), secondo periodo, le parole “non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio,” sono soppresse.

Sui mezzi di prova

Il problema: l’art. 86 comma 2 lettera a) prevede che la prova dell’assenza del requisito di cui ai commi 1, 2 e 3 dell’art. 80 è fornita attraverso il casellario giudiziario;

Criticità: il casellario non risulta, tuttavia, essere idoneo a comprovare l’assenza di “....cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall’articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all’articolo 84, comma 4...”, rilevando a tal fine la documentazione antimafia.

Proposta: eliminazione del richiamo all’articolo 80 comma 2 contenuto nel comma 2 lettera a) dell’articolo 86, dal momento che il certificato del casellario giudiziario è erroneamente indicato tra i documenti che le stazioni appaltanti accettano come prova per la non applicabilità all’operatore economico della causa di esclusione in tema di infiltrazioni mafiose, circostanza che invece non può essere dimostrata mediante tale tipologia di documento.

All’articolo 86 comma 2, lettera a) il numero “, 2” è soppresso.

Le regole dell'aggiudicazione e i tetti ai punteggi

Il problema: la norma (introdotta con il decreto correttivo) prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti di stabilire un tetto massimo per il punteggio economico, entro il limite del 30%.

Criticità: si tratta di una limitazione che nella sua portata generale e vincolante incide fortemente sulla discrezionalità della stazione appaltante e, al contempo, non permette di valorizzare la specificità dei vari mercati, con la conseguenza di non garantire l'effettività del confronto concorrenziale e di non essere in linea con i principi di non discriminazione e parità di trattamento (così come pure evidenziato dall'AGCM nell'atto di segnalazione del 18 agosto 2017, n. AS1422)

Proposta: eliminazione del tetto massimo previsto dalla norma oppure revisione in aumento dello stesso con possibilità di non applicazione dello stesso sulla base di adeguata motivazione.

ALTERNATIVA 1

All'articolo 95, al comma 10 bis, è soppresso l'ultimo periodo.

ALTERNATIVA 2

All'articolo 95, al comma 10 bis, è aggiunto infine il seguente periodo: “*le stazioni appaltanti possono stabilire un tetto massimo per il punteggio economico superiore rispetto a quello previsto dal precedente periodo, dandone motivazione nel bando di gara o nella lettera d'invito*”.

Sul subappalto

Sui limiti quantitativi al subappalto

Il problema: l'istituto del subappalto è previsto dalle direttive europee, che però non pongono alcun limite quantitativo al ricorso al subappalto, né prevedono obblighi sull'indicazione dei subappaltatori o divieti sulla loro sostituzione.

Criticità: il Codice ha invece introdotto limiti quantitativi e regole restrittive di dubbia compatibilità con le direttive europee, come dimostra il fatto che i giudici italiani hanno operato numerosi rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia proprio su questi aspetti, sospendendo nel frattempo i giudizi. Basta ricordare qui l’ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia del 19 gennaio 2018, n. 148 del Tar Milano, con il seguente quesito interpretativo: “*Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), l’articolo 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all’applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell’articolo 105, comma 2, terzo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture*”.

Proposta: si propone quindi di modificare la disciplina italiana in senso conforme alle direttive europee, eliminando il limite quantitativo.

All’art. 105, comma 2 il periodo “Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l’eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture” è soppresso.

All’art. 105, comma 5, primo periodo, le parole “non può superare il trenta per cento dell’importo delle opere” sono soppresse.

Sull’obbligo di indicare una terna di subappaltatori in sede di offerta

Il problema: il Codice prevede l’obbligo di indicare la terna dei subappaltatori in sede di offerta in caso di procedure sopra soglia o, indipendentemente dall’importo posto a base di gara, qualora riguardino le attività a rischio di infiltrazione mafiosa;

Criticità: la previsione comporta un appesantimento procedurale e rappresenta un onere particolarmente gravoso cui non corrisponde la realizzazione di un interesse pubblico specifico posto che i controlli sui subappaltatori devono comunque essere effettuati al momento dell'autorizzazione del contratto di subappalto. Le criticità della previsione sono ancor più rilevanti nelle procedure svolte da centrali di committenza posto che sono varie e molteplici le stazioni appaltanti che possono acquistare beni e servizi e che non è sempre possibile individuare i subappaltatori in fase di partecipazione.

Proposta: intervento normativo che elimini l'obbligo di indicazione della terna (al limite, lasciando alla discrezionalità della stazione appaltante la possibilità di richiedere la terna nel bando). In alternativa, intervento normativo che preveda che l'obbligo di indicazione della terna non trovi applicazione nel caso di strumenti di acquisto e di negoziazione aperti all'adesione delle stazioni appaltanti messi a disposizione delle centrali di committenza.

ALTERNATIVA 1

All'articolo 105, il comma 6 è soppresso.

ALTERNATIVA 2

All'articolo 105, comma 6 è aggiunto infine il seguente periodo:
“L'indicazione della terna di subappaltatori non è obbligatoria nel caso di strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione da centrali di committenza e aperti all'adesione delle stazioni appaltanti ai sensi delle vigenti disposizioni.”

Sulla sostituzione dei subappaltatori e i motivi di esclusione

Il problema: la disciplina relativa alla sussistenza dei motivi di esclusione relativamente ai subappaltatori presenta una discrasia fra le previsioni contenute nell'articolo 80 in relazione ai motivi di esclusione e quelle contenute nell'articolo 105 in tema di sostituzione dei subappaltatori.

Criticità: come rilevato anche dal Consiglio di Stato (parere n. 2286/2016) l'art. 80, c. 5, nonché l'art. 80, c. 1, prevedono che le cause di esclusione ivi previste comportano

l'esclusione del concorrente principale, non solo se riguardano lo stesso concorrente principale, ma anche se riguardano un subappaltatore. Si pone tuttavia un problema di coordinamento di tali previsioni con l'art. 105, c. 12, a tenore del quale “*L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.*” Tale previsione costituisce trasposizione dei corrispondenti articoli delle direttive, secondo cui ogni qualvolta le stazioni appaltanti sono tenute, in base alle leggi nazionali, a verificare le cause di esclusione anche nei confronti dei subappaltatori, esse chiedono agli operatori economici di sostituire i subappaltatori che risultano privi dei requisiti generali. Le direttive sembrano dunque consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara. Sicché, le disposizioni dell'art. 80, c. 1 e c. 5, che sembrano invece prevedere la esclusione del concorrente per difetto dei requisiti del subappaltatore, senza possibilità di sostituirlo, potrebbero anche prestarsi a dubbi di compatibilità comunitaria.

Proposta: intervento normativo volto a superare la detta discrasia ed ottenere al contempo una semplificazione procedurale, attraverso la modifica dell'articolo 80, commi 1 e 5, che elimini la previsione di esclusione del concorrente principale nel caso che i subappaltatori risultino privi dei requisiti generali, lasciando la possibilità in tal caso della sostituzione di cui all'articolo 105.

All'articolo 80, comma 1, le seguenti parole “anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6,” sono soppresse e al comma 5 le seguenti parole “anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6,” sono soppresse.

L'articolazione delle gare: la suddivisione in lotti e l'aggregazione della spesa

Il problema: l'articolo 51 del Codice prevede che le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti al fine di favorire l'accesso alle MPMI e che il valore di ciascun lotto debba essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle MPMI. Nel caso di mancata suddivisione in lotti dell'appalto c'è l'obbligo di motivazione da parte delle stazioni appaltanti.

Criticità: fermo restando che il principio della suddivisione in lotti è in generale del tutto condivisibile, va tuttavia evidenziato che l'esigenza di garantire la partecipazione delle MPMI - sottesa all'attuale disciplina di cui all'art. 51 - necessita di un contemperamento con le esigenze di aggregazione/centralizzazione della spesa, considerato che queste ultime sono strumentali al raggiungimento delle finalità di contenimento della spesa e degli obiettivi di finanza pubblica perseguiti dall'ordinamento giuridico.

Proposta: intervento normativo che preveda che ai fini della suddivisione in lotti e ai fini della determinazione del valore dei lotti ai sensi dell'art. 51, le stazioni appaltanti tengono conto, ove appropriato, delle finalità di aggregazione e di centralizzazione delle committenze di cui alle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa.

All'articolo 51:

- a) al primo periodo, dopo le parole “in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture” sono inserite le seguenti: “*, tenendo conto, ove appropriato, delle finalità di aggregazione e di centralizzazione delle committenze di cui alle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa.*”
- b) Al terzo periodo, dopo le parole “partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese,” sono inserite le seguenti: “*ferma restando la necessità di tenere conto delle finalità di cui al primo periodo*”

Sull'estensione del ricorso agli accordi quadro derivanti da sistema dinamico ai soggetti aggregatori

Il problema: per garantire tempestività e continuità dell'offerta di strumenti di acquisto e negoziazione per le stazioni appaltanti, sarebbe auspicabile l'utilizzo da parte di Consip e dei soggetti aggregatori del sistema dinamico di acquisizione per l'aggiudicazione di convenzioni-quadro e accordi quadro.

Criticità: una possibile criticità per questa modalità operativa emerge dall'analisi della normativa comunitaria. Essa infatti da un lato non prevede espressamente, come anche quella nazionale, la possibilità che un accordo quadro (o una convenzione-quadro che a livello comunitario deve essere ricondotta al *genus* comunitario dell'accordo-quadro) possa

essere aggiudicato mediante procedura svolta nell’ambito del sistema dinamico di acquisizione. Per procedere secondo tale modalità risulterebbe necessario un raccordo con le previsione della direttiva 2007/66/CE sullo *stand still period* (applicazione di un termine sospensivo tra l’aggiudicazione e la stipula del contratto) recepita nell’ordinamento interno nell’articolo 32 del codice. Il codice, infatti, nel recepire la direttiva, prevede che lo *stand still period* non si applichi in determinati casi fra cui, nel caso di appalti basati su un accordo quadro e nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione. Da ciò discenderebbe che nel caso di convenzione/accordo quadro stipulato come appalto specifico basato su un sistema dinamico di acquisizione non si garantirebbe la tutela sottesa alla previsione dello *stand still period* agli operatori economici partecipanti alla procedura per la stipula dell’accordo quadro/convenzione quadro.

Proposta: intervento normativo che preveda l’applicazione dello *stand still period* di cui all’articolo 11 del codice, con le relative conseguenze nel caso di sua violazione, anche nel caso di accordi quadro stipulati in sede di aggiudicazione di un appalto specifico sul sistema dinamico di acquisizione, in modo tale da consentire alle centrali a Consip e agli altri soggetti aggregatori l’efficienza e la tempestività della descritta procedura, garantendo al contempo adeguata tutela giurisdizionale agli operatori economici partecipanti.

All’articolo 32, dopo il comma 10, è aggiunto il seguente comma: “*10-bis.*

In caso di convenzione di cui all’articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 o di accordi quadro di cui all’articolo 54 stipulati in sede di aggiudicazione di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all’articolo 55 si applica il termine dilatorio di cui al comma 9.”

Sui mercati elettronici

Il problema: l’art. 36 comma 6 *bis* (introdotto dal decreto correttivo) prevede che nei mercati elettronici, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull’assenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80 viene fatta su un campione significativo in fase di ammissione e permanenza al mercato elettronico dal soggetto

responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Si specifica che restano fermi i controlli sull'aggiudicatario.

Criticità: la previsione nel mantenere fermi i controlli sull'aggiudicatario vanifica sostanzialmente la finalità di semplificazione procedurale che è sottesa a tale norma.

Proposta: eliminazione dall'art. 36 comma 6 bis del periodo finale che mantiene ferma la necessità di procedere alla verifica sull'aggiudicatario.

All'articolo 36, al comma 6 bis, è abrogato l'ultimo periodo.

Sui partecipanti alla gara: RTI e consorzi

Il problema: l'articolo 48 ai commi 17 e 18 (come integrati dal correttivo) consente la sostituzione di un'impresa dal RTI/consorzio in caso di perdita, in corso di esecuzione dei requisiti di cui all'art. 80; il comma 19 ammette il recesso di una o più imprese raggruppate esclusivamente per esigenze organizzative e sempre che non sia finalizzato ad “*eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara*”; il comma 19 ter (introdotto dal correttivo) estende le previsioni contenute nei commi 17, 18 e 19 anche laddove le modifiche soggettive si verifichino in fase di gara.

Criticità: i commi 17, 18 e 19 dell'art. 48 nonché il comma 19 ter pongono considerevoli dubbi interpretativi. In particolare l'inciso “*in caso di perdita ... dei requisiti di cui all'art. 80*” di cui ai commi 17 e 18 appare contrastare con l'altro inciso di cui al comma 19 che nega la possibilità di recesso ove ciò sia finalizzato ad “*eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara*”. Tale finalità infatti è stata stigmatizzata da consolidato orientamento giurisprudenziale (formatosi in sede di contenzioso sul vecchio Codice e dalla stessa ANAC).

Proposta: introduzione di una norma che chiarisca il rapporto tra perdita e mancanza del requisito in corso di gara da parte di un operatore riunito o consorziato al fine di evitare il contenzioso che potrebbe sorgere e delineare per le stazioni appaltanti e per gli operatori una chiara regola in merito alle possibilità di modifica soggettiva delle forme associate in corso di gara.

All'articolo 48, al comma 19-ter le parole “17, 18 e 19” sono sostituite dalle

seguenti: “*17 e 18, limitatamente ai casi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, nonché 19*”.

Sulle garanzie per le procedure in forma aggregata

Il problema: nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, il Codice prevede la possibilità di determinare una riduzione dell’importo della garanzia definitiva che è ordinariamente pari al 10% dell’importo contrattuale; in considerazione degli importi delle gare aggregate, per loro natura molto elevati, infatti, un importo della garanzia determinato in misura fissa nel 10% avrebbe comportato un onere molto elevato sull’operatore economico e non strettamente necessario per la garanzia. Tuttavia, è anche presente la previsione secondo cui nel caso di ribassi superiori al 10% la garanzia è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%, l’aumento è invece di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20%.

Criticità: la previsione degli aumenti percentuali della cauzione in caso di ribassi elevati rischia di vanificare la possibile riduzione dell’importo della garanzia prevista per le gare aggregate, reintroducendo nella sostanza significativi oneri in capo agli operatori economici.

Proposta: intervento normativo che escluda per le gare aggregate svolte da centrali di committenza l’automatismo dell’aumento della garanzia definitiva in caso di ribassi superiori al 10 o 20% oppure che l’incremento percentuale per ribassi superiori alle soglie del 10% e del 20% sull’importo massimo contrattuale possa essere calcolato sull’importo della cauzione base stessa.

All’art. 103, dopo il quarto periodo è aggiunto il seguente: “*Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza*

“gli aumenti percentuali stabiliti dai periodi precedenti si applicano sull’importo della garanzia come determinata dalla centrale di committenza ai sensi del secondo periodo”.

Sull'anomalia dell'offerta e i costi del personale

Il problema: nella valutazione delle offerte anomale la stazione appaltante deve escludere le offerte se esse, a seguito della valutazione dei giustificativi forniti dai concorrenti, risultano anormalmente basse in quanto il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle contenenti la determinazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Il medesimo articolo sulle offerte anomale prevede anche che non sono ammesse giustificazioni in relazione ai trattamenti minimi salariali inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

Criticità: l'attuale disciplina crea una sorta di commistione tra "costi del personale" e "minimi retributivi" stabiliti nelle tabelle ministeriali: queste ultime recano le stime sui costi del personale e non i minimi retributivi, i cui parametri, invece, sono inseriti nell'ambito dei CCNL di categoria.

Proposta: intervento normativo volto a garantire coerenza fra quanto prescritto dal comma 5 e dal comma 6 dell'articolo 97 in tema di valutazione del costo del personale per la verifica delle offerte anomale; in particolare, è ipotizzabile una modifica del comma 5, lettera d), dell'articolo 97 affinché anche tale disposizione faccia riferimento ai minimi salariali retributivi indicati nella contrattazione collettiva di riferimento, al pari della previsione di cui al successivo comma 6.

All'articolo 97, comma 5, la lettera d) è sostituita dalla seguente: "*d) la retribuzione del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nella contrattazione collettiva di riferimento.*"

Sull'articolo 177 relativo agli obblighi dei concessionari

Il problema: la direttiva 2014/23 non disciplina in alcun modo gli affidamenti dei concessionari, fermi restando gli obblighi connessi ai concessionari che siano riconducibili alle figure soggettive previste dalle direttive 2014/24 e 2014/25. Il Codice impone, invece, obblighi e limiti relativi agli affidamenti da parte dei concessionari, sia per i lavori, sia per le forniture e i servizi e introducendo un nuovo e complesso sistema di controllo, affidato congiuntamente al concedente e all'Anac, violando così il divieto di gold plating.

Criticità: l'attività di impresa dei concessionari è ingiustamente limitata, mentre resta fermo il rischio assunto con la concessione. Inoltre non sono chiare né le modalità di determinazione delle percentuali entro le quali il concessionario può fare affidamenti diretti, né le modalità di controllo, tanto che l'Anac non ha ancora adottato le linee guida, sulle quali il Consiglio di Stato ha già espresso due pareri richiedendo modifiche e segnalando le criticità alla Cabina di regia. E' inoltre incerto il momento di applicazione delle regole, dovendosi secondo alcuni orientamenti addirittura farne un'applicazione retroattiva.

Proposta: si potrebbe prevedere l'eliminazione dell'art. 177 o, in alternativa, una sua diversa formulazione che chiarisca meglio le modalità di applicazione dei limiti e le modalità di controllo.

ALTERNATIVA 1 (soppressione)

L'art. 177 è soppresso.

ALTERNATIVA 2 (chiarimenti sulle regole di applicazione)

All'articolo 177, al comma 1, al primo periodo, dopo le parole "una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori" sono soppresse le parole "servizi e forniture" e aggiunte le parole "*di importo pari o superiore a 150.000 euro*";

e, di conseguenza

All'articolo 177, al comma 1, al primo periodo, sono soppresse le parole "relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni".

inoltre, in adesione alla segnalazione del Consiglio di Stato:

All'art. 177, al comma 1, al primo periodo, dopo le parole "sono obbligati ad affidare," inserire le parole "*a meno che le attività non siano eseguite in proprio avvalendosi esclusivamente della organizzazione aziendale, e dei mezzi, strumenti e risorse esclusivamente appartenenti al concessionario*".

sul termine di applicazione

All'art. 177, al comma 2, le parole "entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice" sono sostituite dalle seguenti: "*a decorrere dal 19 aprile 2018*".

In caso di approvazione di queste modifiche sarà necessario armonizzare anche il testo dell'art. 184.

Avvalimento

Il problema: come noto l'istituto dell'avvalimento, attraverso il quale un operatore economico, privo dei requisiti economici o tecnici richiesti dal bando, può partecipare alla gara avvalendosi dei requisiti di soggetti terzi, è di derivazione europea.

Criticità: il legislatore italiano nel recepire le nuove Direttive 2014/24-25/UE ne ha limitato la portata. Si fa riferimento, in particolare, al divieto che della medesima impresa si avvalgano più concorrenti. La Corte di Giustizia, inoltre, ha sempre fornito una interpretazione estensiva dell'avvalimento, atteso il suo fine pro concorrenziale, affermando che eventuali limiti devono essere ragionevoli e proporzionati.

I dubbi di compatibilità con il regime europeo sono ancor più evidenti nei casi in cui l'appalto presenti peculiarità tali da richiedere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o da un numero limitato di operatori.

In tale ipotesi, ove detto operatore unico sia indicato come ausiliario di un concorrente, il divieto introdotto dalla norma italiana avrebbe l'effetto di creare una situazione monopolistica eliminando del tutto la concorrenza in quella gara..

Proposta: intervento normativo che elimini dall'art. 89 – ovvero ne limiti la portata – il divieto che della medesima impresa si avvalgano più concorrenti in quanto non previsto nelle direttive.

All'articolo 89, al comma 7, le parole "che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero" sono soppresse.

La disciplina in materia di appalti fra enti pubblici: l'in house orizzontale

Il problema: la normativa italiana in materia di *in house*, pur essendo di diretta applicazione delle direttive europee, viene interpretata in modo restrittivo, ponendo vincoli ulteriori al ricorso al cosiddetto *in house* orizzontale. La normativa europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia richiedono, infatti, a determinate condizioni, solo la sussistenza del controllo analogo, mentre nell'ordinamento italiano si richiede sempre e comunque, in via interpretativa, anche il requisito dell'attività prevalente.

Criticità: l'interpretazione restrittiva del ricorso all'*in house* orizzontale impedisce di sfruttare le sinergie per quanto riguarda l'affidamento degli appalti fra enti pubblici nell'ambito del settore pubblico, come invece previsto dall'art. 12. par. 2 della Direttiva n. 2014/24/UE, secondo il quale si può ricorrere all'*in house* orizzontale “*anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di voto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. e come avviene in altri paesi europei*”.

Proposta: si propone un intervento normativo che chiarisca le condizioni alle quali si può ricorrere all'*in house* orizzontale, in conformità alle direttive e come avviene in altri paesi europei

ALTERNATIVA 1

All'articolo 5, comma 3, dopo l'ultimo periodo è aggiunto il seguente: “*Ai fini dell'applicazione del presente comma non è necessario che sia soddisfatta la condizione di cui al comma 1, lettera b) del presente articolo.*”

ALTERNATIVA 2

All'articolo 5, comma 3, dopo l'ultimo periodo è aggiunto il seguente: “*Ai*

fini dell'applicazione del presente comma è sufficiente che siano soddisfatte le condizioni di cui al comma 1, lettere a) e c) del presente articolo.”

Il Codice dei contratti e le imprese pubbliche

La disciplina in tema di contratti pubblici per le imprese pubbliche operanti nei settori speciali riconosce ragionevoli margini di flessibilità ai committenti, ma prevede, in alcuni casi, vincoli più rigidi, richiamando anche per i settori speciali alcune disposizioni previste per i settori ordinari. Come in altri casi, si tratta di una scelta del legislatore italiano che non trova corrispondenza nelle direttive europee, e che, dopo due anni di applicazione, ha dimostrato di non assicurare i risultati immaginati, ma di fungere da ostacolo al celere ed efficiente svolgimento delle gare da parte delle imprese pubbliche italiane.

Si indicano, quindi, di seguito, alcune proposte di modifica sui punti dell'attuale disciplina che, nell'esperienza operativa, stanno dando luogo a maggiori problemi di natura applicativa. Si tratta, in larga misura, di questioni già esaminate precedentemente sul piano generale, con la specificazione che, ove non si ritenesse di modificare queste norme per i settori ordinari **andrebbe perlomeno sancita la loro non applicazione per le imprese pubbliche che operano nei settori speciali.**

1) Art. 80, commi 1 e 5 in materia di subappalto

Valgono a maggior ragione per le imprese pubbliche operanti nei settori speciali le considerazioni e le proposte già svolte in materia di subappalto.

1. L'art. 80 (commi 1 e 5) del d.lgs. n. 50/2016 dispone che, nelle ipotesi di obbligatoria indicazione della terna di subappaltatori in fase di offerta, sia escluso il concorrente in caso di difetto dei requisiti generali del subappaltatore designato, senza che vi sia la possibilità di sostituire quest'ultimo.
2. La scelta di imporre ai concorrenti di accertare preventivamente l'inesistenza delle cause di esclusione nei confronti di subappaltatori designati in sede di

partecipazione alla gara, travalica i vincoli posti dalle direttive europee ed introduce una irragionevole differenziazione rispetto alla disciplina in materia di avvalimento.

Infatti, quanto al primo profilo, le norme europee non pongono particolari vincoli né tantomeno obbligano il concorrente ad indicare uno o più subappaltatori all'atto della partecipazione alla gara; quanto al secondo profilo, sia la disciplina europea che quella nazionale di recepimento (art. 89, comma 3) ammettono la sostituzione dell'ausiliario in caso di carenza di un requisito di ordine generale, nonostante l'ausiliario concorra alla dimostrazione dei requisiti di qualificazione del concorrente principale. Al contrario, l'eventuale carenza di requisiti in capo ad uno solo dei tre subappaltatori indicati comporta addirittura l'esclusione del concorrente dalla gara.

3. L'irragionevolezza di questa impostazione emerge anche sotto altro profilo legato proprio alla disciplina del subappalto (v. parere Consiglio di Stato, Comm. Spec., 3 novembre 2016, n. 2286 sulle Linee Guida dell'ANAC in materia di gravi illeciti professionali). L'art. 105, comma 12, infatti, prevede che l'affidatario debba provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali, nella fase esecutiva dell'appalto, emerge la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80. Il che integra un ulteriore fattore di paradosso, posto che l'assenza di un requisito di ordine generale – pressoché irrilevante nel caso di avvalimento – non produce effetti ove riguardi il subappaltatore nella fase di esecuzione del contratto, salvo l'obbligo di una sua sostituzione, mentre comporta l'esclusione del concorrente dalla gara ove riguardi anche uno dei potenziali subappaltatori.
4. In conclusione, le direttive consentono di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti non solo nella fase esecutiva dell'appalto ma anche quando i loro nomi vanno indicati in gara. Le disposizioni dell'art. 80, commi 1 e 5, che prevedono l'esclusione del concorrente per mancanza dei requisiti in capo al subappaltatore, senza possibilità di sostituire quest'ultimo, sembrano quindi porsi in conflitto con le norme europee.

Proposta

Si propone pertanto di ammettere la possibilità di sostituire in fase di gara anche il subappaltatore designato nella terna senza che la presenza di motivi di esclusione a suo carico determini l'esclusione del concorrente che lo ha designato.

2) Art. 95, comma 10 bis (sui tetti ai punteggi)

1. Il comma 10 *bis* dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, aggiunto dall'art. 60 del d.lgs. n. 56 del 2017, dispone che la “*stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%*”.

La disposizione in questione, quindi, nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa impone un tetto massimo del 30% per il punteggio economico.

Si tratta di un'impostazione che non trova riscontro nella disciplina europea che non pone alcun vincolo in tal senso, limitandosi invece a prevedere che “*L'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa.*” (v. Considerando 90 della Direttiva 2014/24/UE).

2. Al contrario, la disciplina nazionale, prevedendo la predetta soglia del 30%, impone in via generalizzata e senza tenere conto della specificità dell'appalto, di limitare il peso delle offerte economiche, impedendo quindi alla stazione appaltante di definire in base alle sue concrete esigenze e alla tipologia dell'affidamento i criteri di aggiudicazione in termini che siano i più idonei al perseguimento dell'obiettivo di selezionare l'offerta meglio rispondente alle proprie finalità, discostandosi in tal modo dalla stessa disciplina europea.

In coerenza con tali principi, la giurisprudenza comunitaria ha sempre valorizzato la discrezionalità della stazione appaltante nel valutare di volta in volta le peculiarità del singolo appalto, in modo da attribuire l'adeguato peso alla componente economica ed a quella tecnica. Il punto nodale da prendere a riferimento è, quindi, costituito dall'oggetto del contratto d'appalto, al quale vanno ancorati coerentemente i criteri di aggiudicazione.

3. Anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con l'atto di segnalazione “*AS1422 – Normativa in materia di criteri di aggiudicazione di appalti*” del 18 agosto 2017, ha osservato che la norma di cui all’art. 95, comma 10 bis del d.lgs. n. 50/2016, nel prevedere la soglia massima del 30% per l’attribuzione del punteggio economico, oltre a non trovare fondamento nella normativa nazionale ed euro-unitaria nonché negli orientamenti giurisprudenziali e dell’ANAC, è da ritenersi in contrasto con i principi europei di concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento, in quanto l’aggiudicazione dell’appalto dovrebbe avvenire secondo criteri che garantiscano un raffronto obiettivo e ponderato delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza anche di prezzo (soprattutto in quei mercati dove le forniture possono presentare un elevato grado di omogeneità), quale sia l’offerta economicamente più vantaggiosa. Da qui l’invito della medesima Autorità rivolto alle Camere ed alla Presidenza del Consiglio dei Ministri a valutare l’opportunità di una modifica della norma in esame, rivedendo quantomeno in aumento la soglia del 30%, al fine di consentire una maggiore valorizzazione della componente economica dell’offerta.

Proposta

Si propone pertanto di modificare la norma in questione, prevedendo che la determinazione dei punteggi da attribuire a ciascuna componente dell’offerta sia rimessa alla stazione appaltante, che potrà così tener conto delle specificità dell’appalto e, dunque, dell’importanza relativa della componente economica e di quella tecnica.

In subordine si propone quantomeno di aumentare la soglia del 30% come auspicato anche dall'AGCM.

3) Art. 133, comma 1 (sulla soglia di anomalia)

In virtù dei rinvii contenuti nell'art. 133, comma 1 del Codice dei contratti trova applicazione anche per i settori speciali la disciplina contenuta nell'art. 97 dello stesso Codice per il calcolo della soglia di anomalia nei settori ordinari.

Tale estensione non scaturisce da indicazioni provenienti dal legislatore europeo ed anzi il Consiglio di Stato, nel parere 1/4/2016, n. 855 sullo schema di decreto legislativo recante il Codice dei contratti, aveva sollecitato un supplemento di riflessione in ordine alla compatibilità con le peculiarità dei settori speciali dell'estensione dei criteri di determinazione della soglia di anomalia delle offerte riportati nell'art. 97, alla luce del principio di divieto di *gold plating*.

Proposta

Si propone di eliminare per i settori speciali dell'obbligo di applicazione dei criteri di determinazione della soglia di anomalia fissati per i settori ordinari, al pari di quanto avveniva nella vigenza del precedente Codice dei contratti, demandando agli enti aggiudicatori la scelta se utilizzare o meno criteri predefiniti, prevedendo, in linea con quanto previsto dalle direttive europee, la facoltà della stazione appaltante di sottoporre a verifica le offerte che a suo giudizio appaiano anormalmente basse.

4) Art. 136, comma 1 (sulla verifica dei requisiti)

1. Il d.lgs. n. 56/2017 ha modificato il comma 1 dell'art. 136 del Codice dei contratti rendendo obbligatoria per i settori speciali la verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 anche da parte di enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici.

Secondo quanto riportato nella relazione illustrativa del correttivo, tale estensione ha lo scopo di assicurare una maggiore trasparenza e moralizzazione del mercato.

Ciò ha inciso però in maniera significativa sulla flessibilità dell'attività negoziale generalmente riconosciuta alle imprese pubbliche e agli altri soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi, per i quali – prima del correttivo – vi era la facoltà di applicare la disciplina in tema di motivi di esclusione di cui all'art. 80.

2. Tale impostazione era del tutto in linea con quanto contenuto nella direttiva 2014/25/UE che al considerando 105 specifica che l'obbligo di applicare l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE in materia di cause di esclusione dei settori ordinari dovrebbe essere limitato nei settori speciali ai soli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici. Essa era inoltre in linea con la disciplina già applicata in passato (v. d.lgs. n. 158/95).

Coerentemente, l'art. 80, par. 1 della direttiva 2014/25/UE prevede l'obbligatoria applicazione del predetto art. 57 solamente per le amministrazioni aggiudicatrici, lasciando agli altri enti aggiudicatori la facoltà di applicarlo con modalità più flessibili.

Pertanto l'art. 136, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 nella sua versione originaria recepiva la deroga in parola, adeguandosi sostanzialmente al testo della direttiva.

La modifica introdotta dal correttivo invece si discosta da tale previsione, ponendosi in contrasto con il divieto di *gold plating* e rischiando di innescare (come in effetti sta avvenendo) un rilevante contenzioso discendente dall'applicazione dell'art. 80.

Proposta

Si propone si ripristinare la facoltà di applicare le norme sui requisiti di ordine generale dell'art. 80 per gli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici. Va sottolineato, peraltro, che tale eventuale modifica di fatto non avrebbe una reale portata recessiva rispetto all'obiettivo di moralizzazione, posto

che imprese pubbliche e soggetti privati concessionari, per caratteristiche e ruolo assolti, non derogherebbero rispetto ad un set essenziale di verifiche, ma potrebbero scegliere motivatamente di introdurre profili di maggiore selettività ovvero di limitare le verifiche ai soli soggetti che, all'interno della società concorrente, siano muniti di effettivi poteri di rappresentanza (evitando, così, di sottoporre a verifica in taluni casi centinaia di procuratori con limitatissimi reali poteri).

2. Le questioni da affrontare mediante misure previste in un disegno di legge delega

1. Il ruolo della cabina di regia quale sede per la verifica dell'applicazione del Codice

La Cabina di regia dovrebbe essere rimessa in funzione (non si riunisce, a quanto risulta, dall'inizio del 2017) e fungere da sede di raccolta di informazioni e segnalazioni sul funzionamento del Codice, di diffusione di buone pratiche, di elaborazione di strumenti innovativi e di proposta di modifiche, sempre in stretto raccordo fra il governo italiano e le competenti istituzioni europee.

2. La regolazione flessibile

Occorre valutare i risultati del passaggio dal regolamento alla regolazione flessibile, che sinora non è riuscita a coprire i vuoti creati dall'abrogazione del regolamento e spesso contiene indicazioni poco chiare o ultronelle rispetto alle norme di legge, che producono ulteriore incertezza.

L'eventuale scelta di confermare il ruolo della regolazione flessibile richiederebbe che si determinasse con chiarezza il regime delle fonti individuando precisamente gli atti di regolazione e la loro cogenza, i casi in cui le stazioni appaltanti sono tenute a dare loro applicazione e i casi in cui possono fare uso della propria discrezionalità, la separazione fra indicazioni prescrittive e indicazioni di chiarimento. Occorrerebbe inoltre elencare espressamente i casi in cui l'Anac può adottare atti di regolazione vincolante, individuando chiaramente i criteri per l'esercizio del potere regolatorio e rafforzando quelli già previsti, in particolare il divieto di *gold plating*.

3. L'autorità di regolazione e di vigilanza

L'istituzione di un'autorità di regolazione per il mercato dei contratti pubblici costituisce unicum in Europa e non è previsto dalle direttive europee. La concentrazione di molti compiti di natura diversa (regolazione, vigilanza, ispezione, sanzione, gestione, ecc.) in capo alla medesima autorità ha creato sia un problema di sovraccarico, con

difficoltà a svolgere tutti i compiti, sia un problema di sovrapposizione fra le diverse missioni attribuite (trasparenza, anticorruzione regolazione tecnica, vigilanza, gestione, sanzione). Sarebbe utile riordinare le diverse funzioni e missioni, definire con chiarezza ed espressamente i poteri esercitabili, riesaminare la struttura dell'autorità in relazione alle diverse missioni da svolgere e al rapporto fra collegio e presidente e fra collegio e struttura amministrativa.

4. Il ruolo del Cipe

Il ruolo del Cipe è oggi cruciale per le decisioni di investimento pubblico, ma i procedimenti decisionali sono lenti e farruginosi, come dimostra l'ampiezza del periodo persino fra la decisione e la pubblicazione delle delibere. Sarebbe utile definire con chiarezza sia i compiti del Cipe, sia i modi e i tempi dei processi decisionali

5. Il PPP

Occorre semplificare e rendere più facilmente applicabile il ricorso alla finanza di progetto, fra l'altro chiarendo anche la natura del promotore e l'assetto di capacità operativa e di rischi assumibili.

6. La responsabilità

Sarebbe utile verificare e ripensare il perimetro sia della responsabilità erariale, sia del reato di abuso di ufficio, oggi configurato in modo da rendere più conveniente l'inerzia rispetto all'esercizio della discrezionalità e della capacità di decidere. Si potrebbe, in particolare, prevedere l'esenzione dalla responsabilità erariale quando il funzionario dia seguito ad una gara o stipuli un contratto in esecuzione di una sentenza di un giudice, anche quando la sentenza non sia definitiva.

7. Gli oneri sulle imprese e la Banca dati nazionale

Occorre una riflessione sulla sproporzione degli oneri posti a carico delle imprese per la partecipazione alle gare, specie per quanto riguarda le piccole e medie imprese (come le differenti polizze di garanzie, che potrebbero essere superate dalla previsione di un'unica polizza; le spese di pubblicazione dei bandi di gara; le spese di aggiudicazione; le

spese per l'utilizzo della piattaforma informatica, nei casi nei quali si faccia ricorso a una centrale di committenza (sebbene queste ultime spese siano state censurate dall'ANAC (cfr. atto di segnalazione n. 3/2015 dell'ANAC)).

Sarebbe inoltre opportuno che la Banca dati nazionale degli operatori economici (BDOE) o altra banca dati (ANAC) operi come una sorta di "albo" con evidenza dei fornitori e assoluzione dei requisiti ex art. 80 e che l'Anac o il Mit ad operare le verifiche e "abilitare" l'operatore economico a partecipare a gare e contrarre con la Pubblica Amministrazione (semaforo verde) ovvero – al verificarsi di perdita di requisiti – fornire un lasso di tempo all'operatore economico per operare la regolarizzazione (semaforo giallo) o, nel caso in cui l'operatore non sia in grado di porre rimedio alle criticità, escluderlo dagli operatori abilitati ad partecipare a gare e contrarre con la PA (semaforo rosso). Contestualmente tutte le stazioni appaltanti dovrebbero fare riferimento all' albo per assolvere gli obblighi di ottemperanza ai requisiti e dati dell'offerente (compagine sociale, esponenti aziendali, iscrizioni, ecc.) e richiedere esclusivamente requisiti di ordine specifico per l'appalto, offerta tecnica e offerta economica.

Una soluzione di questo tipo comporterebbe anche un alleggerimento dei compiti delle stazioni appaltanti in materia di documentazione amministrativa e una riduzione dei rischi per il RUP e gli operatori.

8. I rapporti fra pianificazione, programmazione e progettazione

Le attività di pianificazione, programmazione e progettazione non sono ben coordinate fra di loro nel Codice dei contratti e ancor meno con le misure previste da altre leggi, come ad esempio il Codice dell'ambiente. sarebbe utile rivedere l'assetto complessivo, eliminando le sovrapposizioni e garantendo un raccordo semplice ed efficace.

9. Il rating d'impresa e il rating di legalità

Il ricorso ai rating si è dimostrato di difficile predisposizione e ancor più difficile applicazione. Sarebbe utile quindi ripensare la disciplina in materia, magari verificando l'opportunità di un'applicazione limitata in via sperimentale, con successiva estensione in caso di risultati positivi.

10. Le commissioni di gara

Occorre valutare se sia in linea con gli obiettivi di efficienza e semplificazione stabiliti dalla legge delega n. 11/2016, la necessità che i componenti delle commissioni giudicatrici siano scelti tra nominativi indicati dall'ANAC. Questa impostazione, oltre a costituire fonte di rallentamento delle operazioni (già verificato in pratica), rischia di demandare la valutazione delle operazioni di gara a soggetti non necessariamente competenti a valutare acquisti caratterizzati da un elevato livello di complessità.

11. La qualificazione delle stazioni appaltanti

La qualificazione delle stazioni appaltanti è una riforma amministrativa di cruciale importanza, sinora però rimasta inattuata. Anche in questo caso si potrebbe forse pensare ad una prima applicazione sperimentale e non estesa immediatamente all'universo delle stazioni appaltanti, prevedendo per le stazioni che si qualificano vantaggi in termini di operatività e di alleggerimento dei controlli e dei vincoli.

La qualificazione delle stazioni appaltanti non può prescindere dal reclutamento e dalla formazione di personale qualificato, in grado di costruire i documenti di gara, di esaminare le offerte tecniche ed economiche, di valutare la qualità degli operatori. Un piano straordinario di reclutamento e di formazione sarebbe utile per disporre delle risorse umane necessarie in tempi ragionevoli.

12. La disciplina dell'esecuzione dei contratti e dei rischi connessi

Sarebbe opportuno valutare una revisione della disciplina vigente in materia di esecuzione dei contratti pubblici, dei rischi assunti dagli appaltatori e delle misure di risarcimento, in modo da garantire le stazioni appaltanti nei confronti di ritardi o errori nella realizzazione (come avviene in altri paesi, ad esempio la Francia, che applicano la medesima disciplina europea). Una disciplina coerente e moderna della fase di esecuzione, delle responsabilità e dei rischi connessi fungerebbe inoltre da deterrente contro la presentazione di offerte non attendibili in corso di gara, in ragione delle responsabilità e dei rischi che l'aggiudicatario dovrebbe assumere.