

---

Comitato scientifico:

*Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).*

---

## **Nuovo Codice Appalti: queste le principali novità**

*Il Consiglio dei ministri, in data 15.4.2016, ha approvato in esame definitivo un decreto legislativo di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori speciali dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché sul riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.*

*Di seguito vengono riportate le principali novità indicate dal Governo.*

### **Contratti pubblici, concessioni e servizi in un unico decreto**

Il Codice, che conferma l'impianto del testo preliminare del 3 marzo scorso e la formulazione in base alla legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11, approvata dalle Camere il 14 gennaio 2016, contiene recepimenti dei pareri del Consiglio di Stato, delle Commissioni parlamentari competenti e della Conferenza Unificata. Trattandosi di norma ordinamentale, non comporta nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Prevede una disciplina transitoria, nel

passaggio dal vecchio al nuovo Codice, per dare certezza di riferimento alle stazioni appaltanti e ai soggetti coinvolti.

Il Governo recepisce quindi in un unico decreto, passando dagli oltre 2.000 articoli del vecchio codice agli attuali poco superiori ai 200, le direttive appalti pubblici e concessioni e riordina la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e contratti di concessione, esercitando così la delega e recependo le direttive europee nei tempi previsti al passo con gli altri paesi europei.

### **Una sola legge, declinata da atti di indirizzo e linee guida ANAC e con Cabina di regia**

Il nuovo "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" contiene criteri di semplificazione, snellimento, riduzione delle norme in materia, rispetto del divieto di gold plating.

È una disciplina autoapplicativa. Non prevede infatti, come in passato, un regolamento di esecuzione e di attuazione, ma l'emanazione di atti di indirizzo e di linee guida di carattere generale, da approvare con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e previo parere delle competenti commissioni parlamentari. Le linee guida, quale strumento di soft law, contribuiranno ad assicurare la trasparenza, l'omogeneità e la speditezza delle procedure e fornire criteri unitari. Avranno valore di atto di indirizzo generale e consentiranno un aggiornamento costante e coerente con i mutamenti del sistema. Dove sono stati previsti decreti amministrativi attuativi, comunque non di natura regolamentare, è stata individuata, nel regime transitorio, la valenza temporanea di alcune norme del regolamento, relative a contabilità, verifiche e collaudi, per consentire l'immediata applicabilità della nuova normativa.

Viene poi regolata la Governance, con il rafforzamento dell'ANAC nel sostegno alla legalità, il ruolo del Consiglio Superiore del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) e l'istituzione della Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, quale organo di coordinamento e monitoraggio.

Il Codice è articolato per processi, in sequenza dal momento in cui si decide una procedura di affidamento a quello finale dell'esecuzione.

Declina la pianificazione, programmazione e progettazione, fasi fondamentali per la stazione appaltante, le modalità di affidamento, individuando i principi comuni a tutti i tipi di affidamento: trasparenza, economicità, efficacia, correttezza, tempestività, libera concorrenza, non discriminazione, applicabilità dei contratti collettivi al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto dei contratti, applicabilità della legge 241/1990, il RUP, le fasi delle procedure, i controlli sugli atti di affidamento e i criteri di sostenibilità energetica e ambientale.

Sono quindi disciplinate le regole procedurali per ogni tipologia contrattuale: appalto, concessioni, altre tipologie quali quelle in house, contraente generale, strumenti di partenariato pubblico-privato, ricomprendendo in quest'ultimo il project financing, strumenti di sussidiarietà orizzontale, il baratto amministrativo. Vengono disciplinati i passaggi: verifica della soglia comunitaria e requisiti di qualificazione della stazione appaltante, modalità di affidamento e scelta del contraente, bandi, avvisi, selezione delle offerte, aggiudicazione, esecuzione, della verifica e collaudo.

Il Codice sviluppa il superamento della Legge Obiettivo attraverso strumenti di programmazione delle infrastrutture, insediamenti prioritari e l'espresso richiamo all'applicazione delle procedure ordinarie. E' stata introdotta una forte limitazione forte all'appalto integrato, ammesso solo in casi eccezionali quali la finanza di progetto o il contraente generale. Sul contenzioso, introduce un nuovo rito abbreviato in camera di consiglio sull'impugnativa dei motivi di esclusione, nonché disciplina i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale.

### **Qualità del progetto, della stazione appaltante e degli operatori**

Il nuovo sistema è incentrato sulla qualità e consente di eliminare la causa principale del lievitare dei costi delle opere pubbliche, rappresentata da gare su progettazioni preliminari.

Sono previsti tre livelli di progettazione: il nuovo progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progetto definitivo ed il progetto esecutivo, che viene posto a base di gara.

La nuova forma di progetto di fattibilità rafforza la qualità tecnica ed economica del progetto. La progettazione deve assicurare il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività, la qualità architettonica e tecnico-funzionale dell'opera, un limitato consumo del suolo, il rispetto dei vincoli idrogeologici sismici e forestali e l'efficientamento energetico. Il nuovo progetto di fattibilità sarà redatto sulla base di indagini geologiche e geognostiche, di verifiche preventive dell'assetto archeologico, fermo restando che deve individuare il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività. È stata prevista la progressiva introduzione di strumenti di modellazione elettronica che potranno essere utilizzate nelle gare bandite dalle stazioni appaltanti più qualificate.

Il subappalto sarà possibile entro la soglia massima del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

Quanto alla scelta del contraente, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo (che coniuga offerta economica prevista e offerta tecnica), che in precedenza rappresentava solo una delle alternative a disposizione delle stazioni appaltanti, diviene il criterio di aggiudicazione preferenziale, nonché obbligatorio per i servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e per quei servizi in cui è fondamentale l'apporto di manodopera nei settori in cui prevale l'esigenza di qualità o di tutela dei lavoratori.

È richiesta la qualificazione sia agli operatori economici, per i quali è prevista una specifica disciplina nella quale rientra anche il rating di legalità, sia alle stazioni appaltanti, secondo standard predefiniti e sistemi premianti che consentono, progressivamente, di appaltare opere, lavori e servizi più costosi e complessi. Si rafforza quindi il cammino già intrapreso nella spending review, poche stazioni appaltanti e qualificate.

### **Misure a sostegno della legalità, rafforzamento del ruolo di ANAC**

Numerose le disposizioni a sostegno della legalità, partendo dal rafforzamento e potenziamento del ruolo dell'ANAC nel quadro delle sue funzioni di vigilanza, di promozione e sostegno delle migliori pratiche e di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti. L'ANAC è chiamato ad adottare atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, fornendo costante supporto nell'interpretazione e

nell'applicazione del Codice. Viene favorita l'indipendenza delle commissioni giudicatrici, con la scelta dei componenti delle commissioni da un albo detenuto dall'ANAC. È prevista una specifica disciplina per i contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza, per i quali viene potenziata l'attività di controllo della Corte dei conti.

### **Disciplinate le concessioni, superata la garanzia globale, arriva il documento di gara europeo**

Per la prima volta il nuovo Codice, come richiesto dal legislatore europeo, affronta l'istituto della concessione in modo organico. Viene prevista una disciplina unitaria per le concessioni di lavori, servizi e forniture, chiarendo che le concessioni sono contratti di durata, caratterizzati dal rischio operativo in capo al concessionario in caso di mancato ritorno economico dell'investimento effettuato. Si prevede inoltre, che i soggetti privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici, già in essere alla data di entrata in vigore del codice, non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica, siano obbligati ad affidare una quota pari all'80% dei contratti di importo superiore a 150.000 euro mediante le procedure ad evidenza pubblica. Le concessioni già in essere si adeguano entro 24 mesi dall'entrata in vigore del Codice. La verifica è effettuata dall'ANAC e dai soggetti preposti, secondo le indicazioni delle linee guida ANAC.

Sono stati precisati gli effetti dell'annullamento delle concessioni in caso di revoca e le prestazioni economiche e finanziarie a carico delle parti in caso di revoca. È stata introdotta l'ipotesi di revoca per motivi di pubblica utilità.

Il Codice prevede una nuova disciplina del sistema delle garanzie. La vecchia garanzia globale è eliminata e sostituita da due diverse garanzie, rilasciate contestualmente: la garanzia di buon adempimento, senza possibilità di svincolo, che permane fino alla conclusione dell'opera e la garanzia per la risoluzione che copre il costo del nuovo affidamento in tutti i casi in cui l'affidatario viene meno e il maggior costo che viene praticato dal subentrante. Tra le disposizioni volte a favorire la concorrenza, viene introdotto il Documento di gara unico europeo, che consentirà un'immediata apertura della concorrenza europea e semplificazioni per gli operatori economici che utilizzeranno un unico documento per autocertificare l'assenza di tutti motivi di esclusione che la stazione appaltante verificherà.

### **Trasparenza e dematerializzazione con le gare elettroniche, banche dati**

È previsto il graduale passaggio a procedure interamente gestite in maniera digitale, con conseguente riduzione degli oneri amministrativi.

Nell'ambito delle misure di trasparenza si prevede infatti il ricorso generalizzato ai mezzi elettronici di comunicazione ed informazione, la pubblicità di tutte le fasi prodromiche e successive della gara, che si affianca alla pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara. Misure volte alla razionalizzazione delle banche dati, ridotte a due, quella presso l'ANAC per l'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo e quella presso il MIT sui requisiti generali di qualificazione degli operatori economici.

### **Norme per il Partenariato pubblico privato**

Viene disciplinato nel Codice per la prima volta l'istituto del "Partenariato pubblico privato" (PPP) come disciplina generale autonoma e a sé stante, quale forma di sinergia tra i poteri pubblici e i privati per il finanziamento, la realizzazione o la gestione delle infrastrutture o dei servizi pubblici, affinché l'amministrazione possa disporre di maggiori risorse e acquisire soluzioni innovative. Si prevede che i ricavi di gestione dell'operatore economico possano provenire dal canone riconosciuto dall'ente concedente, ma anche da altre forme di contropartita economica, come l'introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna. Nell'ambito del PPP rientrano gli "interventi di sussidiarietà orizzontale", ossia la partecipazione della società civile alla cura di aree pubbliche o alla valorizzazione di aree e beni immobili inutilizzati mediante iniziative culturali, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale. È disciplinato anche il "baratto amministrativo" per la realizzazione di opere di interesse della cittadinanza, con finalità sociali e culturali, a cura di gruppi di cittadini organizzati, senza oneri per l'ente.

### **Programmazione delle opere e superamento della Legge Obiettivo**

Il Codice non prevede deroghe all'applicazione delle ordinarie procedure di evidenza pubblica, ad eccezione dei settori esclusi esplicitamente dalla direttiva e dei casi di somma urgenza e di protezione civile, nei quali si prevede che si possa disporre l'immediata esecuzione dei lavori o dei servizi necessari euro per rimuovere il pregiudizio alla pubblica incolumità entro limiti stabiliti. I limiti specificati nel nuovo codice sono di 200.000 o di quanto necessario per rimuovere il pregiudizio, per i beni culturali fino 300.000 euro e per protezione civile nei casi di dichiarazione di stato di emergenza fino alla soglia dei lavori. Con l'eliminazione del ricorso a procedure straordinarie, si prevede il superamento della Legge Obiettivo riconducendo la pianificazione e la programmazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari allo sviluppo del Paese, agli strumenti ordinari quali il Piano generale dei trasporti e della logistica triennale e il Documento pluriennale di pianificazione (DPP), di cui al decreto legislativo n. 228 del 2011. Per la redazione del primo DPP, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti effettua una ricognizione di tutti gli interventi già compresi negli strumenti di pianificazione e programmazione vigenti e ne attua una revisione (project review). Per migliorare la capacità di programmazione e riprogrammazione della spesa per le infrastrutture di preminente interesse nazionale è prevista l'istituzione, al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di specifici Fondi.

### **Dibattito pubblico**

Per le grandi opere pubbliche che possono avere impatto ambientale e sociale sui territori è obbligatorio il ricorso alla procedura del dibattito pubblico. I criteri per l'individuazione delle opere interessate e i termini di svolgimento e conclusione dell'iter, verranno fissati da un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per i beni e le attività culturali, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti.

## **Rivisitazione del general contractor e albi per direttori lavori e collaudatori**

L'istituto del contraente generale subisce una profonda rivisitazione. Per farvi ricorso la stazione appaltante dovrà fornire un'adeguata motivazione, in base a complessità, qualità, sicurezza ed economicità dell'opera. È vietato per il general contractor esercitare il ruolo di direttore dei lavori. È eliminata la possibilità di ricorrere alla procedura ristretta e a base di gara sarà posto il progetto definitivo e non più il preliminare.

Cambia anche il sistema di qualificazione che ora viene attribuito all'ANAC. Viene creato presso il MIT un apposito albo nazionale cui devono essere obbligatoriamente iscritti i soggetti che possono ricoprire gli incarichi di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici aggiudicati con la formula del contraente generale. La loro nomina nelle procedure di appalto avviene mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo. Il MIT disciplinerà le modalità di iscrizione all'albo e di nomina. Sono escluse da incarichi di collaudo varie figure, tra cui coloro che hanno svolto o svolgono attività di controllo, verifica, vigilanza e altri compiti relativi al contratto da collaudare.

## **Riduzione del contenzioso amministrativo**

Al fine di garantire l'efficacia e la celerità delle procedure di aggiudicazione e tempi certi nella esecuzione dei contratti viene introdotto un rito speciale in camera di consiglio del Tar. In particolare si prevede che i vizi relativi alla composizione della commissione di gara, all'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali sono considerati immediatamente lesivi e sono ricorribili innanzi al TAR entro trenta giorni dalla pubblicazione della composizione della commissione o dell'elenco degli esclusi e degli ammessi. L'omessa impugnazione di tali provvedimenti preclude la facoltà di far valere l'illegittimità nei successivi atti della procedura di gara anche con ricorso incidentale.

Sono poi previsti rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale quali l'accordo bonario, (esteso anche alle contestazioni per appalti di servizi e forniture, eliminando il ricorso alla Commissione e prevedendo la conclusione entro 45 giorni), l'arbitrato (prevedendo il solo ricorso all'arbitrato amministrato nonché l'istituzione di una Camera arbitrale che cura la formazione della tenuta dell'albo degli arbitri e dei segretari e redige il codice deontologico degli arbitri camerali), la transazione (nell'impossibilità di ricorrere ad altre soluzioni). Sono poi inseriti altri rimedi quali il collegio tecnico consultivo (con funzioni di assistenza e non vincolante, al fine di giungere, nella fase dell'esecuzione, ad una rapida definizione delle controversie) e i pareri di precontenzioso dell'ANAC (dove l'ANAC esprime parere su iniziativa della stazione appaltante o di una delle parti su questioni insorte durante la procedura di gara). Il parere è vincolante e il mancato adeguamento della stazione appaltante determina la sanzione amministrativa pecuniaria da 250 euro a 25.000 euro a carico del dirigente responsabile.