

Le procedure di scelta del contraente

di Rosanna De Nictolis

Data di pubblicazione: 9-11-2016

Relazione tenuta al Convegno “L’amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento; il codice dei contratti e la riforma Madia” tenutosi presso il Tar di Lecce il 28-29 ottobre 2016, i cui atti sono in corso di pubblicazione nella collana della Facoltà di giurisprudenza dell’Università del Salento a cura del prof. P.L. Portaluri.

Parlare di procedure di gara in mezz’ora è una “missione impossibile”. Questa non è una minaccia di sfiorare il tempo assegnatomi e di abusare della vostra pazienza, ma una giustificazione anticipata del perché sorvolerò sui dettagli tecnici, che pure sono importanti, anzi, essenziali, in una materia dove “il diavolo si nasconde nei dettagli”.

Mi concentrerò invece sulle innovazioni e criticità del nuovo codice in tema di procedure di gara, e su come cambiano, con le nuove procedure di scelta, sia il ruolo dell’amministrazione contraente che quello della giurisdizione amministrativa.

Sommario: 1. Due parole sullo “stato dell’arte”. - 2. Principi di delega innovativi ed impatto sulle procedure di gara. - 3. Quante sono le procedure di gara? - 4. Principio di tassatività, procedure aperte, ristrette, negoziate. - 5. La procedura negoziata senza bando. - 6. Le consultazioni preliminari di mercato. - 7. Che ne è dell’appalto concorso e dell’appalto integrato? - 8. Incarichi e concorsi di progettazione. - 9. Le procedure sotto soglia. - 9.1. Sotto soglia in generale. - 9.2. Incarichi di progettazione e assimilati sotto soglia. - 9.3. Gli affidamenti di somma urgenza e per emergenze di protezione civile. - 10. Le negoziazioni dirette con l’originario affidatario. - 11. L’affidamento del subappalto. - 12. Lo scorrimento di graduatoria. - 13. Conclusioni: sono quaranta o forse più...*good luck*.

1. Due parole sullo “stato dell’arte”

Il nuovo codice, in vigore dal 19 aprile scorso[1], è stato varato in attuazione di una delega contenente oltre 70 principi, (rispetto ai quattro della delega n. 62/2005)[2].

Come noto, deve essere completato da atti attuativi; non più un unico regolamento, ma circa 50 atti attuativi[3] di varia tipologia e natura.

In primo piano sono le c.d. linee guida, del MIT e soprattutto dell'ANAC, a seconda dei casi vincolanti o meno. Non mi soffermo sul tema della natura giuridica di esse, su cui vi è un ampio dibattito, e di cui si occuperà il prof. Cintioli; alcune hanno una sicura natura regolamentare, in particolare le LG del MIT. Rinvio a miei precedenti scritti[4].

Il Consiglio di Stato ha reso il suo parere sullo schema di codice[5], segnalando in modo costruttivo molteplici criticità, e sta ora dando il suo apporto consultivo alla fase attuativa.

Sono state sinora pubblicati:

- il d.m. 24.5.2016 sui CAM (criteri ambientali minimi) per alcuni servizi e forniture;
- il d.m. 17.6.2016 sugli onorari professionali;
- il d.P.C.M. 10.8.2016 sulla cabina di regia;
- le LG 1 e 2 2016 dell'ANAC, sui SIA (servizi relativi all'ingegneria e all'architettura) e sull'OEPV (offerta economicamente più vantaggiosa basata sul rapporto qualità-prezzo);
- il regolamento ANAC sul precontenzioso (prov. 5.10.2016).

Inoltre sono già passati per il parere del Consiglio di Stato:

- le LG ANAC relative a: RUP; commissari di gara; contratti sotto soglia; grave illecito professionale ex art. 80; procedura negoziata senza bando;
- i d.m. su direttore dei lavori e sul direttore dell'esecuzione;
- il d.m. sui requisiti degli operatori economici per incarichi e concorsi di progettazione;
- il d.m. sulle opere superspecialistiche[6].

Nei suoi pareri il Consiglio di Stato si è soffermato sulla natura giuridica delle Linee guida, sulla importanza dell'analisi di impatto della regolamentazione, che non si esaurisce con la sola consultazione degli *stakeholders*, sulle differenti modalità di formulazione delle linee guida-regolamento (in forma precettiva) e delle linee guida che non hanno natura regolamentare (in forma discorsiva).

Inutile nascondere che il codice paga il prezzo di essere stato elaborato in pochissimo tempo e contiene pertanto numerosi errori, refusi, omissioni, norme non sufficientemente meditate.

E' stato perciò già pubblicato un avviso di rettifica, che ha corretto circa 185 errori materiali^[7], ed è in preparazione un decreto legislativo correttivo.

Peraltro la legge delega assegna per le correzioni solo un anno, e il Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di codice ha rilevato che si tratta di un termine troppo breve, e auspicato che possa essere portato a due anni.

Il Consiglio di Stato, nei suoi pareri sugli atti attuativi, sta segnalando al Governo svariati errori che necessitano di correzione.

La stessa ANAC con comunicati del suo Presidente, sta fornendo alle stazioni appaltanti indicazioni per rimediare in via esecutiva ad imprecisioni e omissioni del codice. Mi riferisco in particolare al comunicato del 5.10.2016 sulle offerte anomale.

Qualche dubbio si pone, sul sistema delle fonti del diritto e sulla idoneità (oltre che delle linee guida), di un comunicato a correggere il codice, ma questo potrebbe essere oggetto di un altro convegno.

2. Principi di delega innovativi ed impatto sulle procedure di gara

Alcuni dei principi della delega sono particolarmente innovativi e, una volta che il codice sarà corretto e completato con gli atti attuativi, dovrebbero assicurare una maggiore capacità delle stazioni appaltanti di gestire la fase di gara e di esecuzione in modo efficiente, trasparente, tempestivo, efficace, e una maggiore qualità degli operatori economici.

Mi riferisco ai principi di delega relativi alla qualificazione delle centrali di committenza, ai commissari di gara esterni iscritti in un albo gestito dall'ANAC, alla completa informatizzazione delle procedure, alla qualificazione degli operatori economici nel cui ambito viene incluso il *rating* di impresa affidato a criteri reputazionali. E ancora ai principi sulla separazione tra chi progetta e esegue i lavori, sulla tassatività delle varianti in fase di esecuzione, sulla eccezionalità dell'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.

Tuttavia la legge delega e il codice hanno avuto di mira non solo gli obiettivi di efficienza e trasparenza, ma anche quelli di sostenibilità ambientale, sociale e occupazionale.

Di qui una serie di regole volte a favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, o gli appalti riservati a determinate categorie di operatori: abbiamo perciò regole sulla suddivisione obbligatoria degli appalti in lotti, sugli appalti di servizi sociali, sugli appalti sotto soglia.

Si moltiplicano così regole e tipologie di procedure di gara, il che richiede maggiori competenze in capo alle stazioni appaltanti, e potrà essere fonte di nuove tipologie di contenziosi davanti al giudice amministrativo.

E' bene aver presente che già le direttive delineano non meno di sei regimi di appalto: settori ordinari, speciali, concessioni, difesa e sicurezza, contratti esclusi, servizi in regime "alleggerito"; oltre alle tre direttive del 2014, occorre tenere in conto la direttiva sugli appalti nei settori difesa e sicurezza, recepita in Italia nel 2009, e le due direttive in materia di contenzioso.

A questa complessa realtà europea, si aggiungono, in Italia, molteplici regimi "alleggeriti" nelle "zone bianche" che le direttive lasciano alla fantasia dei legislatori nazionali, per ragioni di importo o ambito:

- il sotto soglia[8], ivi compresi protezione civile[9] e affidamenti a cooperative sociali[10];
- la cooperazione internazionale[11];
- gli appalti NATO[12];
- i settori di informazione e sicurezza, difesa[13];
- ricerca e sviluppo[14];
- beni culturali[15];
- i contratti segreti[16].

Non di rado le regole sono contenute in fonti-satellite, e non nel codice.

Soprattutto, sconcerta il dato economico: a fronte di una significativa incidenza sul PIL della spesa pubblica per appalti, solo una ridotta percentuale di essa, inferiore al 20%, è impiegata mediante le procedure ordinarie[17].

La logica dovrebbe essere quella della flessibilità delle procedure bilanciata dalla inflessibilità dei controlli. Non si tratta, poi, solo di buone regole, che in astratto ci sono, perché anche le procedure in deroga devono - "dovrebbero" - rispettare i canoni di trasparenza, partecipazione, *par condicio*. Si tratta soprattutto di buona attuazione.

Solo se i buoni principi saranno seguiti da prassi virtuose, si potrà evitare che semplificazione e trasparenza restino una grida manzoniana, priva di effettiva capacità di incidere sul feudalesimo normativo.

Un ruolo promozionale delle buone prassi potranno assolverlo le linee guida dell'ANAC sul sotto soglia, sulla procedura negoziata senza bando, sinora editate, e auspicabilmente sulle altre procedure in deroga.

3. Quante sono le procedure di gara?

Vi pongo e mi pongo una domanda: quante sono le procedure di gara?

Non conosco la risposta esatta e cercherò di farne un censimento in questa relazione.

Ma cerchiamo di capire, sia pure per grandi linee, quali e quante sono le procedure di gara, che cosa cambia nella loro conduzione, e, soprattutto, dove finisce “la procedura di gara” e inizia la fase di esecuzione, ossia dove si colloca la linea di confine della giurisdizione del giudice amministrativo.

Il codice non contiene una specifica norma dedicata alla giurisdizione; ma in più articoli afferma la giustiziabilità davanti al giudice amministrativo degli atti menzionati, in particolare con riferimento a varie tipologie di atti dell'ANAC: le linee guida (art. 213, c. 2), il parere precontenzioso (art. 211, c. 1), le raccomandazioni all'autotutela (art. 211, c. 2), il parere di congruità del prezzo negli affidamenti di servizi e forniture per emergenze di protezione civile (art. 163, c. 9).

Anticipando le conclusioni all'analisi, ritengo che il codice sposti la nozione di procedura di affidamento “in avanti”, ampliando la giurisdizione del giudice amministrativo.

Per procedure di affidamento, in senso stretto, si intendono << l'affidamento di lavori, servizi o forniture o incarichi di progettazione mediante appalto; l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione; l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee>> (art. 3, lett. rrr), e si annoverano tra le procedure di affidamento le procedure aperte, ristrette, negoziate, il dialogo competitivo.

Il tema delle procedure si interseca con quello dei “tipi contrattuali” - appalto, concessione, partenariato, locazione finanziaria, sponsorizzazione, etc. - in funzione dei quali le procedure possono subire adattamenti.

Si interseca altresì con quello delle esigenze durevoli e dell'innovazione tecnologica, sicché, fermi i modelli di procedure aperte e ristrette, su questi si innestano alcuni adattamenti e variazioni sul tema, che danno vita all'accordo quadro, ai sistemi dinamici di acquisizione (procedura ristretta), aste elettroniche, piattaforme telematiche di negoziazione, mercato elettronico della p.a.

Vanno poi considerati i c.d. regimi comunitari “alleggeriti”, per servizi sociali e di ristorazione, gli appalti riservati a categorie protette.

Vi sono poi i settori esclusi, a cui si applicano, per le procedure di scelta, non già le regole puntuali, ma i principi di tutela della concorrenza.

4. Principio di tassatività, procedure aperte, ristrette, negoziate

Le procedure sono numerose, anche se, in teoria, opera il principio di “tassatività” sia delle

procedure che dei tipi contrattuali, affermato dalla C. giust. UE, secondo cui “le procedure di aggiudicazione degli appalti che gli Stati membri sono autorizzati ad utilizzare sono elencate tassativamente all'art. 28 di tale direttiva. (...) L'aggiudicazione di appalti pubblici mediante altre procedure non è autorizzata dalla detta direttiva” [\[18\]](#).

Il principio è stato affermato in relazione alla direttiva 2004/18 ma conserva piena attualità.

La stessa legge delega afferma la tassatività delle procedure: laddove prescrive “*semplificazione e riordino del quadro normativo vigente allo scopo di predisporre procedure non derogabili riguardanti gli appalti pubblici e i contratti di concessione e di conseguire una significativa riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla realizzazione delle opere pubbliche*” (art. 1, lett. e), legge delega).

L'art. 59 del codice, in combinato disposto con l'art. 3, è la norma chiave sulle procedure di gara.

Elenca come procedure ordinarie, utilizzabili indifferentemente e senza una specifica motivazione sui presupposti, la procedura aperta e quella ristretta. Sono procedure precedute da bando di gara; la procedura ristretta, se indetta da amministrazioni sub-centrali, a determinate condizioni può essere preceduta da avviso di preinformazione che assume il contenuto e la funzione di avviso di indizione di gara.

Sempre l'art. 59 elenca come procedure ancorate a specifici presupposti, da indicare con puntuale motivazione, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione.

Da notare che dialogo competitivo e procedura competitiva con negoziazione sono di regola precedute da bando di gara, ma possono essere senza bando se fanno seguito a una precedente gara dove ci sono state solo offerte irregolari o inammissibili.

Procedura ulteriormente derogatoria e ammessa in casi tassativi è la procedura negoziata senza bando (art. 63).

Come in precedenza, è giustiziabile davanti al giudice amministrativo l'atto di scelta di una data procedura quando essa è subordinata al ricorrere di determinati presupposti, la cui sussistenza può venire contestata in giudizio.

Ma, rispetto al passato, il tema della “sindacabilità dell'atto di scelta” si porrà in modo più esteso, essendo più ampio il novero di procedure di gara tra cui scegliere.

Già in queste poche regole vi sono significative modifiche rispetto alla previgente disciplina nazionale.

Intanto sulla procedura ristretta: secondo il diritto comunitario è una procedura bifasica, in cui prima vengono presentate le candidature, poi la stazione appaltante sceglie gli operatori da invitare, con una preselezione, e applicando se del caso la c.d. forcella, e successivamente

solo gli operatori invitati presentano le offerte (artt. 61 e 91 codice).

Il codice del 2006 aveva posto svariate limitazioni all'utilizzo della procedura ristretta, che di fatto era quasi sempre identica alla procedura aperta, solo più complicata proceduralmente, in quanto venivano invitate tutte le imprese che ne facessero richiesta, senza prequalificazione.

Ora tutte le stazioni appaltanti hanno la possibilità di usare la procedura ristretta senza limitazioni.

Se in concreto verrà utilizzata, si aprono per la giurisdizione amministrativa nuovi scenari, o meglio, un ritorno al passato: in particolare il contenzioso sul mancato invito, ovvero sull'esclusione a seguito della fase di prequalificazione. Una tematica affrontata in passato dalla giurisprudenza, nel vigore della legge di contabilità di stato e di quella del 1973 sulla c.d. "licitazione privata".

Peraltro, non è chiaro se il nuovo rito sulla impugnazione immediata di esclusioni e ammissioni, riguardi solo la fase di esclusioni/ammissioni previa verifica dei requisiti generali e di qualificazione, o anche la fase di esclusioni/ammissioni a seguito di prequalificazione.

La procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, hanno tutti la caratteristica al di là dei presupposti parzialmente diversi, di svolgersi per fasi successive, con una progressiva riduzione dei candidati, e con una definizione in corso di procedura delle caratteristiche della prestazione richiesta, attraverso una fase di negoziazione, per così dire "plurale", in cui evidentemente la stazione appaltante deve assicurare la *par condicio* di tutti i concorrenti, ossia negoziare contestualmente con tutti sulla base di identità di informazioni. Una trattativa corale e contestuale, e non plurima e separata con i singoli operatori.

Il dialogo competitivo non cambia in modo particolare rispetto al passato, però viene da chiedersi "chi l'ha visto": ad oggi non risultano rilevanti applicazioni pratiche di esso, quanto meno non risulta arrivato davanti al giudice amministrativo.

Si tratta di procedure che richiedono una elevata competenza e capacità di conduzione di trattative da parte della stazione appaltante, perciò o di tali procedure ce ne saranno poche, ovvero il rischio di contenzioso è molto elevato, almeno finché non si realizzerà l'obiettivo del codice di stazioni appaltanti "poche e qualificate".

Toccherà al giudice amministrativo e all'ANAC definire i parametri della discrezionalità della stazione appaltante nella scelta degli operatori da invitare, nella fissazione dei criteri di prequalificazione, nella conduzione delle negoziazioni in corso di gara.

5. La procedura negoziata senza bando

Il codice del 2016 recepisce puntualmente tutti i casi di procedura negoziata senza bando, "tal

quale” come previsti dal diritto comunitario, lasciando così maggiore spazio alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, laddove il codice del 2006 aveva operato un recepimento con *gold plating*.

Rimane fermo che i casi di procedura negoziata senza bando hanno carattere tassativo, come si evince dalle direttive e dalla stessa legge delega (art. 1, lett. q), n. 1).

I casi tassativi fissati dalla direttiva 2014/24 sono gli stessi, nella sostanza, di quelli previsti dalla direttiva 2004/18, ma si dà una definizione di offerta inappropriata e si individuano meglio i casi di affidamenti per ragioni di natura tecnica o artistica.

Ci sono alcuni profili della disciplina su cui occorre soffermarsi.

Il codice del 2006, nell’ambito dell’art. 57 relativo alla procedura negoziata senza bando collocava anche il divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, forniture, servizi, con sanzione di nullità dei contratti tacitamente rinnovati: tale rinnovo tacito è infatti una forma di trattativa privata che esula dalle ipotesi consentite dal diritto comunitario.

L’art. 63, codice del 2016, non riproduce tale divieto di rinnovo tacito dei contratti. Ma si deve ritenere tale divieto implicito nel sistema, perché sarebbe una trattativa privata fuori dai casi consentiti, o comunque una modifica contrattuale diversa dalle ipotesi tassative di cui all’art. 106.

Nemmeno è consentito il rinnovo espresso, fuori dai casi tassativi in cui sono consentiti affidamenti successivi all’originario affidatario: lo schema di codice, invero, aveva provato a introdurre il rinnovo espresso, ma su di esso vi è stato un parere negativo tranciante del Consiglio di Stato e la previsione non risulta presente nel testo definitivo^[19].

Né negli articoli delle direttive che riguardano la procedura negoziata senza bando né nell’art. 63 compare una previgente ipotesi che era quella dell’affidamento di servizi complementari.

In realtà l’ipotesi non è del tutto scomparsa, ma ha subito un “trasloco” sistematico, essendo contemplata tra le consentite modifiche dell’oggetto del contratto, nell’art. 106. Come dirò, le modifiche di oggetto del contratto sono un vero e proprio “affidamento diretto” che rientra nel tema “procedure di affidamento”.

I presupposti sono però resi più stringenti.

In passato si ammetteva l’affidamento diretto di prestazioni complementari, non previste nell’originario contratto e divenute necessarie per una circostanza imprevista, se vi fosse l’inseparabilità dal contratto iniziale senza gravi inconvenienti ovvero, in caso di separabilità, la stretta necessità.

Ora l’affidamento diretto all’originario aggiudicatario di prestazioni supplementari non previste nel contratto iniziale è consentito se le prestazioni sono divenute necessarie e ricorrono tutte le seguenti condizioni:

1) un cambiamento del contraente originario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;

2) un cambiamento del contraente originario comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi (art. 106, c. 1, lett. b).

Per i soli settori ordinari occorre un terzo presupposto:

3) l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il codice (art. 106, c. 7).

Un ulteriore tema di approfondimento attiene all'affidamento diretto per ragioni di natura tecnica o di esistenza di diritti di esclusiva. Questa ipotesi ha dato luogo ad abusi un po' in tutti i Paesi europei, specie per gli appalti nel settore informatico e sanitario, e ha determinato una comunicazione della Commissione europea su come prevenire il c.d. *lock in*, ossia la fidelizzazione della stazione appaltante a un dato esecutore, che le impedisce poi, alla scadenza del contratto, di cambiare contraente.

Il tema è oggetto anche di emanande LG ANAC che riguardano non l'intero art. 63, ma questa specifica ipotesi.

6. Le consultazioni preliminari di mercato

Il codice recepisce la possibilità prevista dal diritto comunitario che le stazioni appaltanti al fine di predisporre il bando di gara e definire l'oggetto del contratto svolgano consultazioni preliminari, acquisendo consulenze e studi.

Possono accadere due cose: vengono convocati gli operatori economici, o loro associazioni rappresentative, per una informativa su futuri appalti.

Oppure si acquisiscono studi, consulenze, progetti.

Con due implicazioni:

a) occorrono procedure di gara per acquisire studi, consulenze, progetti? Bisognerà verificarlo caso per caso in relazione all'oggetto e alla disciplina del codice sui servizi di natura intellettuale;

b) chi ha partecipato alle consultazioni preliminari può partecipare alla gara? Sono previste misure per prevenire conflitti di interesse, l'esclusione dalla gara è solo l'estrema *ratio* (artt. 66 e 67).

Il contenzioso che potrà insorgere sulla esclusione o viceversa mancata esclusione è un nuovo ambito che verrà davanti al giudice amministrativo.

7. Che ne è dell'appalto concorso e dell'appalto integrato?

Per il diritto comunitario l'appalto è l'esecuzione con qualsiasi mezzo, può comprendere insieme esecuzione e progettazione, nonché l'affidamento a contraente generale. Vi è un "*principio di indifferenza*" delle direttive per l'affidamento congiunto o separato (considerando 8 direttiva 2014/24).

L'art. 59 codice invece, in ossequio alla delega (art. 1, lett. oo), afferma il principio, peraltro tendenziale: "*chi progetta non esegue, chi esegue non progetta*".

Il che sembrerebbe decretare la morte dell'appalto concorso (affidamento all'esecutore di progetto definitivo ed esecutivo) e dell'appalto integrato (affidamento all'esecutore del progetto esecutivo).

Questo, almeno, è lo *story telling*, ma in realtà le cose non stanno esattamente in questi termini, perché lo stesso art. 59 prevede cinque eccezioni, e da una esegesi sistematica se ne desumono poi almeno altre tre.

In tali eccezioni nemmeno è sempre chiaro che livello di progettazione si affida all'esecutore. Nel rinviare alle note, ricordo che l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione resta possibile, già secondo l'art. 59, nei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità (art. 59, c. 1)[[20](#)].

L'art. 59 c. 1 non è tuttavia esaustivo di tutte le ipotesi in cui il codice consente l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione.

Anzitutto, la regola riguarda i settori ordinari e non è richiamata per i settori speciali: perciò il divieto non opera nei settori speciali (in tal senso anche le linee guida ANAC n. 1/2016 sui SIA, par. 5.2.).

Vi è poi il caso delle c.d. opere a scomputo, ossia i lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso (art. 1, c. 3, lett. e), codice)[[21](#)].

Viene poi in considerazione il leasing finanziario (art. 187, c. 6)[[22](#)].

Sul principio di separazione di progettazione ed esecuzione grava poi allo stato una ipoteca costituita dall'art. 28, c. 13, in tema di contratti misti (quale è infatti un appalto di progettazione ed esecuzione lavori, che è misto di servizi e lavori).

L'art. 28, c. 13 sembra infatti "sdoganare" l'appalto integrato che è invece considerato l'eccezione dall'art. 59 del codice[\[23\]](#).

8. Incarichi e concorsi di progettazione

Il tema dell'appalto misto di progettazione ed esecuzione ci porta a parlare di ulteriori tipologie di procedure di affidamento, quelle per incarichi e concorsi di progettazione.

La prima (affidamento di incarichi di progettazione) riguarda anche l'affidamento di altri servizi di natura tecnica, quali quelli di direttore dei lavori, collaudatore, coordinatore per la sicurezza, figure di supporto al RUP.

Un intero convegno potrebbe essere dedicato a questi temi, e perciò mi limito a segnalare le criticità destinate a generare contenzioso che il giudice amministrativo dovrà verosimilmente fronteggiare.

C'è una prima questione che il codice pone.

Nella precedente disciplina era affermato, almeno come principio, che la progettazione e gli altri incarichi tecnici dovessero essere svolti "in house", vale a dire da soggetti dipendenti della stazione appaltante o di altre amministrazioni pubbliche. Solo in presenza di comprovate carenze di organico, si sceglievano i tecnici con gara sul mercato.

Ora nessuna disposizione del codice afferma tale principio (v. art. 24, c. 1), e anzi, per i progettisti interni è stato espressamente vietato l'incentivo di progettazione (art. 113, c. 2).

E questo va in senso difforme dalla narrazione mediatica secondo cui con il nuovo codice l'amministrazione pubblica ridiventa il *dominus* della progettazione.

Per gli altri incarichi tecnici, solo per quello di RUP e quello di collaudatore si afferma espressamente il primato dell'affidamento interno rispetto a quello esterno (art. 31, c. 1 e art. 102) e non anche per quelli di supporto al RUP, coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, direttore dei lavori (art. 31, c. 8), verificatore dei progetti (art. 26, c. 6).

Il combinato disposto della separazione di progettazione ed esecuzione e del divieto di incentivi ai progettisti interni, potrebbe portare a un incremento di gare di progettazione, e a un conseguente incremento di costi e contenzioso davanti al giudice amministrativo.

Si aggiunga che sopra i 40.000 euro questi incarichi possono essere affidati solo con il criterio dell'OEPV, la cui gestione è ben più complicata del criterio del prezzo più basso e ingenera soluzioni più opinabili e più vulnerabili dalle impugnazioni.

C'è poi il tema delle incompatibilità e conflitti di interesse dei partecipanti a gare per incarichi e concorsi di progettazione.

E' un tema affrontato solo parzialmente dal nuovo codice. Nella vecchia disciplina tali aspetti erano disciplinati nel regolamento n. 207/2010 (art. 253, c. 1 e c. 2).

La "lacuna" o "pseudo-lacuna" del codice viene colmata dal d.m. previsto dall'art. 24, c. 2, che fissa i requisiti dei progettisti. Ma è assai dubbio che la disciplina di incompatibilità e conflitti di interesse possa essere affidata a una fonte secondaria, e soprattutto che si possano prevedere incompatibilità assolute a fronte di direttive comunitarie che esigono una verifica caso per caso sui conflitti di interesse (v. anche art. 42 e art. 80, c. 5, lett. d) codice).

9. Le procedure sotto soglia

9.1. Sotto soglia in generale

Ulteriori procedure di affidamento, asseritamente "semplificate", sono previste per gli affidamenti sotto soglia (art. 36) nonché per gli affidamenti sotto soglia di incarichi di progettazione (artt. 31, c. 8 e 157) e infine per gli affidamenti sotto soglia in caso di somma urgenza e di emergenze di protezione civile (art. 163).

L'art. 36 delinea tre procedure semplificate, utilizzabili in base ai limiti di importo previsti, e fatta sempre salva la facoltà della stazione appaltante di utilizzare le procedure ordinarie.

Sono procedure con una diversa graduazione di semplificazione, decrescente al crescere dei limiti di importo. La semplificazione è così massima per affidamenti inferiori a 40.000 euro, si riduce per affidamenti di lavori fino a 150.000 euro e di servizi e forniture sotto soglia, e si riduce ulteriormente per lavori fino a 999.999 euro^[24].

Il tema degli affidamenti sotto soglia meriterebbe, a sua volta, un intero convegno.

Qui mi limito a dire che il codice, nell'art. 36, detta per ciascuna di tali procedure "semplificate" si fa per dire, principi e regole procedurali. E ulteriori ne sono dettate nelle LG ANAC sul sotto soglia, in corso di approvazione.

Vi sono alcuni temi rilevanti che attengono:

- alla portata dell'obbligo di motivazione per il ricorso a tali procedure in deroga, che secondo il codice dovrebbero essere una libera alternativa alla procedura ordinaria, ma non sono state così intese dall'ANAC e dal parere del Consiglio di Stato;
- alle modalità delle consultazioni degli operatori e di formazione degli elenchi di operatori economici;
- alla portata del richiamo che per l'affidamento di lavori fino a 1.000.000 viene fatto dall'art.

36 all'art. 63 sulla procedura negoziata senza bando (si richiamano le regole procedurali o i presupposti? In entrambi i casi il rinvio appare ridondante e inutile);

- alla tematica, su cui la giurisprudenza non è ad oggi univoca, di come si declini in concreto il principio di "rotazione" e in particolare se sia o meno violato quando viene invitato l'operatore uscente[25].

9.2. Incarichi di progettazione e assimilati sotto soglia

Sebbene in teoria agli incarichi di progettazione sotto soglia, quali appalti di servizi, si potrebbero applicare le regole dell'art. 36, il codice ne detta di ulteriori, solo in parte richiamando l'art. 36.

Ci sono tre regimi sotto soglia.

1) Si prevede la possibilità di affidamento diretto sotto i 40.000 euro (art. 31, c. 8). Sembra applicabile pure l'art. 36, c. 1, lett. a); inoltre è utilizzabile pure il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso; indicazioni sono fornite anche dalle LG ANAC 1/2016 sui SIA.

2) Si prevede poi l'affidamento con procedura negoziata senza bando per importi pari o superiori a 40.000 euro e inferiori a 100.000 euro, autonomamente contemplato da art. 157 che però oltre a dettare alcune regole richiama pure l'art. 36, c. 1, lett. b). Con il conseguente sovrapporsi di regole procedurali. Vi è poi la differenza sostanziale che per i servizi di progettazione la soglia di tale procedura è 100.000 euro e non il limite del sotto soglia comunitaria che vale per gli altri servizi.

Occorrono consultazioni di mercato e la formazione di un elenco di operatori economici, dettagliati nelle LG ANAC 1/2016 sui SIA.

3) Per gli incarichi di importo pari o superiori a 100.000 euro sono richiamate le procedure aperta e ristretta degli artt. 60 e 61, mentre per gli incarichi di importo pari o superiori alle soglie comunitarie si applicano tutte le procedure ordinarie del codice.

Vi è una evidente illogicità, perché l'importo pari o superiore a 100.000 euro senza un tetto massimo può anche essere pari o superiore alle soglie comunitarie, con una incomprensibile limitazione di scelta tra le sole procedure aperta e ristretta.

In attesa di una auspicabile correzione del codice, le LG ANAC 1/2016 ne danno una esegesi che è illogica, ma è l'unica consentita dal dato letterale:

- per incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro ma inferiore alle soglie comunitarie, solo la procedura aperta e quella ristretta (in tal senso le linee guida ANAC sui SIA n. 1/2016);

- per incarichi di importo pari o superiore alle soglie comunitarie (per i servizi), tutte le

procedure previste dal codice nella Parte II.

9.3. Gli affidamenti di somma urgenza e per emergenze di protezione civile

A parte sono poi regolate le procedure in deroga per somma urgenza, affidamenti diretti di soli lavori fino a 200.000 euro, e per emergenze di protezione civile (per importi inferiori alle soglie comunitarie, non solo lavori, ma anche servizi e forniture) (art. 163).

Qui si entra nel cuore del vero e proprio affidamento diretto senza forme di pubblicità preventiva che invece ci sono nell'art. 36.

Vi sono invece forme di pubblicità successiva e controlli dell'ANAC.

Non sono previste LG ANAC per attuare tale disciplina, ma sarebbe auspicabile che l'ANAC fornisse indicazioni per l'instaurazione di buone prassi, con LG facoltative e non vincolanti.

Sul fronte della giurisdizione del giudice amministrativo, si profila, oltre che il contenzioso sui presupposti per l'affidamento diretto, una nuova giurisdizione del tutto inedita.

Per servizi e forniture nell'ambito di emergenze di protezione civile, se non ci sono prezziari ufficiali, si esegue il contratto con un prezzo provvisorio, e l'ANAC esprime parere sulla congruità di tale prezzo. *“Avverso la decisione dell'ANAC sono esperibili i normali rimedi di legge mediante ricorso ai competenti organi di giustizia amministrativa”*.

Che tipo di giurisdizione ha il giudice amministrativo in tale ipotesi? Quale è il rito?

Con che strumenti il giudice amministrativo valuterà la congruità del prezzo?

Io provo, a prima lettura, a ricostruire come segue, pur con molti dubbi.

Il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva sulle “procedure di affidamento” (art. 133 c.p.a.) e ad esse, nonché ai connessi provvedimenti dell'ANAC, si applica il rito abbreviato dell'art. 120 c.p.a.

Qui il contenzioso verte su un parere ANAC di congruità del prezzo dell'appalto, ossia di un elemento del contratto.

La controversia insorge a contratto già stipulato, per il quale il prezzo in prima battuta viene determinato in via provvisoria, in difetto di prezziari ufficiali.

Ciò nondimeno non si tratta di controversia afferente la fase di esecuzione, ma afferente la procedura di affidamento, e segnatamente alla determinazione del prezzo a base di affidamento e del prezzo offerto.

Secondo l'art. 120 c.p.a., il contenzioso sulle "procedure di affidamento" si estende anche alle "attività tecnico-amministrative ad esse connesse" e ai connessi provvedimenti dell'ANAC. Qui la determinazione del prezzo è un'attività tecnico-amministrativa connessa alla procedura di gara, e il parere ANAC su tale determinazione è a sua volta un atto connesso.

Si ricade dunque nella giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento e nell'ambito del rito ex art. 120 c.p.a.

Residua la questione se si tratti anche di giurisdizione di merito: si tratta infatti di sindacare una valutazione di tipo tecnico quale è la congruità del prezzo. Ciò nondimeno, in difetto di espressa previsione, la giurisdizione resta di sola legittimità, ancorché il sindacato del giudice si estenderà alla valutazione di elementi fattuali e tecnici, e potrebbe essere necessario richiedere una verifica o una c.t.u.

10. Le negoziazioni dirette con l'originario affidatario

L'art. 106 riguarda le "modifiche del contratto" in corso di esecuzione. Sul piano sistematico è dubitabile che il tema riguardi solo l'esecuzione in senso stretto, anche se il codice colloca l'art. 106 nel Titolo V rubricato "esecuzione".

Non a caso del tema si occupano le direttive comunitarie, che di regola si fermano alla "procedura di affidamento".

Infatti le modifiche in corso di esecuzione vanno riguardate come modifiche dell'oggetto del contratto, nel cui ambito va tracciato un confine tra prestazioni che richiedono una nuova gara, e quelle che, per ragioni varie, possono essere affidate in via diretta all'originario esecutore.

Dal punto di vista del diritto comunitario, perciò, ci sono modifiche che determinano affidamenti diretti legittimi, e modifiche che richiedono una nuova gara, e un affidamento diretto sarebbe illegittimo.

In questo gran calderone che è l'art. 106 (una sorta di ufficio delle norme smarrite), rientrano sia modifiche oggettive, sia modifiche soggettive (cessione del contratto e cessione dei crediti derivanti dal contratto), sia il tema delle varianti in corso di esecuzione, sia quello delle proroghe contrattuali, e della revisione dei prezzi, e persino il tema della responsabilità del progettista. Che qui viene collegato alle varianti, ma in realtà è ben più ampio e avrebbe richiesto una diversa collocazione sistematica.

Ancora una volta, occorrerebbe un convegno dedicato.

Non posso soffermarmi sulle singole ipotesi, ma mi limito a una riflessione sull'impatto di tali regole sulla nozione e ambito della procedura di affidamento e sulla giurisdizione del giudice amministrativo.

Per tutte queste modifiche l'art. 106, senza tener conto che possono essere di diversa portata, richiede l'autorizzazione del RUP e un vero e proprio procedimento amministrativo, di vario livello e complessità a seconda delle ipotesi, con comunicazioni e/o controlli dell'ANAC, che in caso di varianti illegittime, raccomanda l'autotutela.

Tutto ciò non è a mio avviso irrilevante ai fini della giurisdizione.

Già nella disciplina previgente, è stata data al giudice amministrativo la giurisdizione sull'*an* e il *quantum* della revisione dei prezzi.

Ora c'è il tema dell'autorizzazione delle varianti, nonché dei presupposti dell'affidamento diretto di prestazioni che integrano varianti o altre modifiche oggettive.

C'è il tema dell'autorizzazione anche per la cessione del contratto.

Vi è perciò spazio per ritenere che tutto questo ricada nella giurisdizione del giudice amministrativo, nella prospettiva dogmatica di una "procedura di affidamento diretto" o anche di un momento autoritativo pubblicistico in fase di esecuzione, e che dunque si riduca l'ambito di ciò che è mera esecuzione contrattuale in posizione paritetica. Forse, dico forse senza alcuna certezza sul punto, l'unico caso collocato nell'art. 106 in cui la giurisdizione è del giudice ordinario è quello del diniego di consenso alla cessione dei crediti derivanti dal contratto. Oltre, ovviamente, il tema, "intruso" nell'art. 106, della responsabilità del progettista.

11. L'affidamento del subappalto

Anche in tema di subappalto (art. 105) si amplia l'ambito della "procedura di affidamento" che ricade nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Anzitutto per i casi in cui la c.d. terna dei subappaltatori va indicata in gara, con tutta la questione esegetica, allo stato priva di soluzione, del difetto dei requisiti dei subappaltatori e della esclusione del concorrente principale senza possibilità di indicare sostituti diversi da quelli compresi nella terna (v. il combinato disposto degli artt. 105, c. 6 e c. 12, 80, commi 1, 5, 14)[\[26\]](#).

E' un nuovo tipo di contenzioso che si affaccerà nelle aule della giustizia amministrativa: la plenaria aveva appena risolto un contrasto di giurisprudenza, affermando che non occorre indicare in gara i nomi dei subappaltatori, nemmeno nel caso di subappalto necessario, e che il difetto di requisiti del subappaltatore non comporta esclusione del concorrente principale[\[27\]](#).

Vi è poi il tema della verifica dei requisiti generali e di qualificazione in capo ai subappaltatori: in gara, se la terna va indicata in gara, dopo la stipula dell'appalto, negli altri casi.

Ma anche se l'esclusione del subappaltatore avviene dopo la stipula dell'appalto, per difetto

dei suddetti requisiti, il contenzioso sull'esclusione è come dire, "della stessa sostanza del Padre", non diverso dal contenzioso sull'esclusione dell'operatore economico in gara. Con quel che ne consegue in punto di giurisdizione.

Pertanto il subappalto, che sul piano dogmatico dovrebbe essere un subaffidamento *inter alios*, a cui la stazione appaltante resta estranea, è in realtà una vera e propria procedura di affidamento con connotazione pubblicistica, in cui la stazione appaltante entra a gamba tesa.

12. Lo scorrimento di graduatoria

Una procedura di affidamento, a valle di quella originaria, si ha anche nel c.d. scorrimento di graduatoria, quando viene meno l'originario affidatario per fallimento, risoluzione, recesso, dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto (art. 110, già art. 140 codice n. 163/2006).

Pacificamente questa ipotesi è affidata alla giurisdizione del giudice amministrativo, anche con disposizioni processuali specifiche (art. 125 c.p.a.).

Nel nuovo codice lo scorrimento "cambia completamente pelle": è nato come una vera e propria nuova gara a circuito chiuso in cui si rinegoziavano le condizioni iniziali; già nel vigore del codice del 2006, in virtù di successive novelle, era diventato un segmento dell'originaria gara, senza possibilità di modifica delle condizioni iniziali offerte dall'originario aggiudicatario, ma era un istituto ad utilizzo facoltativo, e l'interpello era limitato ai primi cinque classificati dopo il primo.

Ora: ne sono ampliati i presupposti (anche la nuova risoluzione-autotutela e la dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto); si scorre anche fino all'ultimo classificato.

Soprattutto ne è doveroso l'utilizzo: forse nemmeno nel pubblico impiego è stato sinora affermato con tanta assolutezza il principio dell'obbligo di scorrimento della graduatoria concorsuale prima di indire una nuova competizione.

Aggiungo solo che nell'art. 110 è affrontato il tema della prosecuzione del contratto con l'originario affidatario, anche se fallito o sottoposto a concordato, con una procedura di autorizzazione da parte del giudice delegato previo parere dell'ANAC.

E' dunque possibile ulteriore contenzioso sul diniego o rilascio di autorizzazione e sul parere dell'ANAC. Sembra da escludere la giurisdizione del giudice amministrativo sull'autorizzazione o diniego del giudice delegato, che si colloca nella procedura fallimentare/concorsuale e soggiace ai rimedi ivi previsti. E invece si pone la questione se il parere ANAC, quale atto infraprocedimentale rispetto alla decisione del giudice delegato, vada contestato insieme ad essa, o sia autonomamente impugnabile davanti al giudice amministrativo.

Nell'art. 110 che riguarda lo scorrimento di graduatoria trova poi collocazione, impropria, una

disciplina che riguarda la procedura di gara e si ricollega con i requisiti generali di cui all'art. 80. Si tratta del c.d. avvalimento necessario o imposto, che l'ANAC può imporre al concorrente che sia sottoposto a fallimento o concordato, e sia autorizzato dal giudice delegato a partecipare alla gara, su parere ANAC. Ricorrendo determinati presupposti, l'ANAC può chiedere che il concorrente indichi una impresa ausiliaria, che non solo metta a disposizione le risorse necessarie, ma si impegni anche a subentrare al concorrente se questi non sia in grado di dare regolare esecuzione al contratto.

Qui il procedimento è invertito, non è il giudice delegato che autorizza sentita l'ANAC, ma è l'ANAC che impone tale condizione, sentito il giudice delegato.

Il che ha ovvi riflessi sul contenzioso e sulla giurisdizione.

Se il concorrente ritiene che non vi siano i presupposti per l'avvalimento imposto, potrebbe contestare il provvedimento dell'ANAC, è da ritenere, davanti al giudice amministrativo; ma nel giudizio verrebbe in evidenza anche il presupposto parere del giudice delegato, con tutte le implicazioni, che necessitano di una riflessione meditata, di un sindacato del giudice amministrativo su un atto di un giudice della procedura fallimentare.

13. Conclusioni: sono quaranta o forse più...good luck

La veloce disamina che ho svolto non ha esaurito tutte le procedure di affidamento previste dal codice e da atti normativi satellite.

Da questa carrellata ne emergono almeno 40, con regole in tutto o in parte differenziate, considerando i vari incroci tra procedure di gara, tipi e oggetti contrattuali, settori di riferimento:

- 1) procedura aperta
- 2) procedura ristretta
- 3) procedura competitiva con negoziazione con bando
- 4) procedura competitiva con negoziazione senza bando
- 5) dialogo competitivo con bando
- 6) dialogo competitivo senza bando
- 7) partenariato per l'innovazione
- 8) procedura negoziata senza bando
- 9) accordo quadro

- 10) sistemi dinamici di acquisizione
- 11) aste elettroniche
- 12) piattaforme telematiche di negoziazione
- 13) mercato elettronico della p.a.
- 14) incarichi di progettazione
- 15) concorsi di progettazione
- 16) affidamenti diretti di lavori servizi e forniture inferiori a 40.000 euro
- 17) procedura negoziata per lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro e servizi e forniture sotto soglia comunitaria
- 18) procedura negoziata per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro
- 19) affidamenti diretti di incarichi di progettazione inferiori a 40.000 euro
- 20) procedura negoziata per incarichi di progettazione tra 40.000 e 100.000 euro
- 21) procedura per incarichi di progettazione sopra 100.000 euro e inferiori alla soglia comunitaria
- 22) affidamenti di lavori di somma urgenza
- 23) affidamenti per emergenze di protezione civile
- 24) appalto concorso
- 25) appalto integrato
- 26) procedura di affidamento per le opere di urbanizzazione a scomputo
- 27) locazione finanziaria
- 28) *project financing*
- 29) contraente generale
- 30) partenariati pubblici privati contrattuali
- 31) affidamenti diretti all'originario esecutore nei casi dell'art. 106

- 32) proroga del contratto (art. 106)
- 33) scorrimento di graduatoria (art. 110)
- 34) affidamento dei servizi sociali
- 35) affidamento dei servizi di ristorazione e mensa, e dei servizi sostitutivi dei buoni pasto
- 36) affidamenti nei settori di difesa e sicurezza
- 37) affidamenti dei beni culturali
- 38) affidamenti nel settore ricerca e sviluppo
- 39) procedure di affidamento nei settori speciali
- 40) contratti misti.

Il punto di riflessione e di sintesi di questa analisi è che alle stazioni appaltanti viene fornito un ampio menu tra cui scegliere la procedura di gara più adeguata ai propri obiettivi. Viene restituito alle stazioni appaltanti un “potere di scelta discrezionale”, che la passata legislazione sui lavori pubblici ha sempre cercato di limitare. L’esercizio di tale potere richiede competenza e qualificazione, e implica responsabilità. Temi, quello del peso della scelta, e della fuga dalle responsabilità, su cui gli altri relatori, prima di me, si sono diffusamente soffermati.

Vi ringrazio del paziente ascolto, con l’impegno di un prossimo censimento completo, e con l’augurio di buon lavoro (e buona fortuna!) a tutta la magistratura amministrativa, all’avvocatura, ma soprattutto alla pubblica amministrazione, chiamate ad applicare una disciplina nuova e complessa.

[1] Il d.lgs. 18.4.2016 n. 50 è in vigore dal 19.4.2016.

[2] Legge delega 28 gennaio 2016 n. 11.

[3] Si tratta di:

14 decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti (in prosieguo MIT);

- 15 atti dell'ANAC;

- 6 d.P.C.M.;

- 15 decreti di altri Ministri.

In dettaglio:

DECRETI DEL MINISTRO INFRASTRUTTURE E TRASPORTI

- 1) art. 21 (pianificazione dei contratti pubblici)
- 2) art. 23 (contenuto dei livelli della progettazione)
- 3) art. 24 (requisiti delle forme organizzative dei progettisti)
- 4) art. 38 (servizio contratti pubblici)
- 5) art. 73 (indirizzi per la pubblicazione telematica di bandi e avvisi)
- 6) art. 77 (tariffa per albo e compensi dei commissari di gara)
- 7) art. 81 (documentazione da inserire nella banca dati nazionale degli appalti pubblici)
- 8) art. 84 (modalità di qualificazione alternative per i lavori pubblici)
- 9) art. 89 (individuazione delle opere superspecialistiche)
- 10) art. 102 (modalità tecniche del collaudo)
- 11) art. 111 (attività del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture)
- 12) art. 196 (albo nazionale dei responsabili lavori e collaudatori nel caso di affidamento a contraente generale)
- 13) art. 209 (compensi degli arbitri)
- 14) art. 214 (struttura tecnica di missione)

LINEE GUIDA (in prosieguo LG) E ALTRI ANNI DELL'ANAC

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

DECRETI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

- 1) art. 22 (opere soggette a dibattito pubblico)
- 2) art. 25 (procedimenti semplificati di verifica preventiva dell'interesse archeologico)
- 3) art. 37 (centrali di committenza dei comuni non capoluogo di provincia)
- 4) art. 37 (requisiti delle centrali di committenza)
- 5) art. 41 (revisione accordi e convenzioni quadro)

6) art. 212 (organizzazione della cabina di regia)

DECRETI DI ALTRI MINISTRI

1) art. 1 MINESTERI (appalti all'estero)

2) art. 24 MINGIUSTIZIA (corrispettivi per i progettisti)

3) art. 25 MIBAC (elenco soggetti qualificati)

4) art. 34 MINAMBIENTE (criteri di sostenibilità ambientale, percentuale prestazioni negli appalti)

5) art. 44 MINSemplificazionePA (digitalizzazione procedure contrattuali pubbliche)

6) art. 103 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione)

7) art. 104 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione per lavori di particolare valore)

8) art. 114 MINSALUTE (servizio di ristorazione ospedaliera)

9) art. 144 MISE (buoni pasto servizio sostitutivo mensa)

10) art. 146 MIBAC (qualificazione per appalti relativi a beni culturali)

11) art. 159 MINDIFESA (appalti nel settore della difesa)

12) art. 185 MEF (definizione delle garanzie per obbligazioni delle società di progetto)

13) art. 201 DPR (approvazione PGTL)

14) art. 203 MININTERNO (monitoraggio infrastrutture e insediamenti prioritari)

15) art. 215 DPR (attribuzione ulteriori compiti al Consiglio superiore lavori pubblici)

[\[4\]](#) R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, intervento al convegno di Varenna, 26.9.2016, in www.giustizia-amministrativa.it; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 5/2016, 503.

[5] Cons. St., sez. affari normativi – commissione speciale, 1.4.2016 n. 855.

[6] Sono stati sinora pubblicati i seguenti pareri del Consiglio di Stato: Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 2.8.2016 n. 1767 reso su tre LG ANAC: RUP, OEPV, SIA; Id., 13.9.2016 n. 1903 reso sulle LG ANAC sui contratti sotto soglia; Id., 14.9.2016 n. 1919, reso sulle LG ANAC sui commissari di gara; Id., 14.9. 2016 n. 1920, reso sul regolamento ANAC relativo al precontenzioso; Cons. St., sez. affari normativi, 20.10.2016 n. 1677 sul d.m. per le opere supespecialistiche ex art. 89, c. 11, codice.

[7] Avviso di rettifica, <<Comunicato relativo al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50>> (GU Serie Generale n. 164 del 15.7.2016).

[8] La disciplina dei contratti sotto soglia è nell'art. 36, codice, nonché negli artt. 31, c. 8; 32, c. 10 e c. 14; lett. b); 97, c. 8; 106, c. 14; 157, c. 2; 216, c. 9.

[9] I contratti della protezione civile sono regolati nell'art. 163 codice.

[10] Per gli affidamenti alle cooperative sociali, oltre all'art. 112 sui “contratti riservati” si applica l'art. 5, l. n. 381/1991.

[11] Sugli appalti della cooperazione internazionale v. art. 1, c. 7, codice; si applicano, in via transitoria, gli artt. [da 343](#) a [356](#), d.P.R. n. 207/2010.

[\[12\]](#) Sui contratti in ambito NATO v. d.P.R. n. 236/2012

[\[13\]](#) Sui contratti della difesa v. nel codice art. 1, c. 6 e artt. 159-161; nonché artt. da 534 a 536, da 538 a 547, 2133, d.lgs. n. 66/2010 (cod. ord. mil.); artt. da 463 a 475; da 565 a 574, d.P.R. n. 90/2010 (reg. ord. mil.); d.lgs. n. 208/2011; d.P.R. n. 236/2012; d.P.R. n. 49/2013.

[\[14\]](#) Sui contratti relativi a ricerca e sviluppo v. art. 158, e inoltre l. n. 770/1986.

[\[15\]](#) Sugli appalti relativi a beni culturali v. artt. 145-151 codice, si applicano in via transitoria gli artt. 248 e 251, d.P.R. n. 207/2010.

[\[16\]](#) Sugli appalti segreti v. art. 162 codice.

[\[17\]](#) In Italia la spesa per appalti pubblici incide sul PIL per circa il 10,7%; del totale di tale spesa media annua, solo il 16,2% è per appalti soggetti a procedure europee. In dettaglio, secondo i dati dell'AIR che accompagna lo schema del codice dei contratti pubblici:

- il mercato degli appalti pubblici, secondo le stime della Commissione europea, vale in media (media 2011-2014) 1.900 miliardi di euro/per anno;

- l'Italia rappresenta il quarto mercato con 172,6 miliardi di euro/per anno di media;

- l'incidenza sul PIL della spesa per appalti pubblici è nella media europea il 13%;
- in Italia l'incidenza sul PIL della spesa per appalti pubblici è circa il 10,7%;
- il valore degli appalti pubblici i cui bandi sono pubblicati sul TED (*Tenders Electronic Daily*) è in media 327 miliardi/per anno in Europa;
- il valore degli appalti pubblici italiani i cui bandi sono pubblicati sul TED è 27,7 miliardi di euro/per anno, pari al 16,2 per cento del totale della spesa per appalti pubblici.

[18] C. giust. CE, sez. III, 10 dicembre 2009 C-299/2008.

[19] Si legge nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice, in relazione all'art. 106:

“Deve, poi, rilevarsi che la disposizione di cui al primo periodo del comma 12 (relativa alla possibilità di rinnovare una sola volta i contratti d'appalto) oltre a sembrare decontestualizzata in quanto inserita nell'ambito di una disposizione concernente le modifiche dei contratti ancora in corso di efficacia, non è coerente con le direttive.

In base al diritto europeo il rinnovo del contratto è consentito solo se rimane immutato il suo contenuto (e ciò perché sin ab origine, cioè sin dalla indizione della gara originaria, gli operatori economici devono essere in grado di valutare la convenienza della partecipazione e delle previsioni contrattuali).

In altri termini, se vi è la modifica del contenuto del contratto vi è un nuovo contratto: e ciò comporta la necessità di una specifica gara.

Non si può dunque prevedere che sia modificato il contratto 'rinnovato': vanno conseguentemente soppressi tutti i richiami alla possibilità di modificare il contenuto del contratto rinnovato.”.

[20] In questi cinque tipi contrattuali menzionati espressamente la nozione di “appalto” che li ricomprende, coincide con quella comunitaria di “esecuzione con qualsiasi mezzo”.

In essi, con varie graduazioni, si consente un affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione; in particolare:

a) affidamento a contraente generale: viene chiarito che al contraente generale può affidarsi, oltre che l'esecuzione, solo il progetto esecutivo; la gara per la scelta del contraente generale avviene infatti ponendo a base di gara il progetto definitivo della stazione appaltante (art. 194, c. 1; art. 194, c. 2, lett. a), art. 195, c. 2):

b) finanza di progetto: nella figura del "promotore" in senso stretto, a base di gara si pone un progetto di fattibilità, e gli aspiranti promotori presentano un'offerta contenente il progetto definitivo (art. 183, c. 1, 2, 9), mentre nella previgente disciplina recata dall'art. 153, codice del 2006, a base di gara vi era solo uno "studio di fattibilità" e il progetto preliminare (ossia il primo livello della progettazione, che ora prende il nome di progetto di fattibilità) era presentato dal promotore; nella figura del "proponente" invece, il proponente presenta un progetto di fattibilità (art. 183, c. 15);

c) affidamento in concessione: non è chiaro cosa intenda l'art. 59, c. 1 con la disposizione sopra riportata (inserita dopo i pareri e non contenuta nella bozza originaria), laddove afferma che per le concessioni non è vietato l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione; apparendo in insanabile contrasto con l'art. 3, lett. uu), in cui invece si definisce la concessione avendo riguardo alla sola "esecuzione" dei lavori senza fare menzione della possibilità di affidamento congiunto di esecuzione e progettazione, e di che livello di progettazione può essere affidato al concessionario; né lumi si traggono dagli art. 164 ss. In via esegetica si può ritenere che al concessionario di lavori può essere affidata la progettazione esecutiva, o quella definitiva ed esecutiva, mentre dovrebbe escludersi la possibilità di affidamento della progettazione di fattibilità; del resto nella finanza di progetto che è un modello alternativo di concessione, la redazione del progetto di fattibilità non è affidata al promotore finanziario (argomenta da art. 165, c. 5, terzo periodo e da art. 183, c. 1); anche nella previgente disciplina le concessioni potevano ad avere ad oggetto l'esecuzione, l'esecuzione e il progetto esecutivo, l'esecuzione e i progetti esecutivo e definitivo, e non anche il primo livello della progettazione;

d) partenariato pubblico-privato: è chiarito espressamente che ogni livello di progettazione può formare oggetto del contratto insieme all'esecuzione; l'art. 180, c. 1, dispone infatti che il contratto può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi;

e) contratto di disponibilità: la disciplina è oscura, in quanto nella bozza originaria si stabiliva che le offerte potessero avere ad oggetto anche il progetto di fattibilità, redatto sulla base del capitolato prestazionale fornito dalla stazione appaltante; ora si stabilisce che a base di gara si pone un progetto di fattibilità predisposto dalla stazione appaltante, ma si continua ad affermare che le offerte contengono anche il progetto di fattibilità (art. 188, c. 3); non è dunque chiaro che livelli di progettazione possono essere affidati ai concorrenti; da un lato, essendo il contratto di disponibilità una forma di partenariato, dovrebbe soccorrere la regola generale dell'art. 180, c. 1, secondo cui il contratto può demandare all'aggiudicatario pure il progetto di fattibilità; dall'altro lato, la modifica intercorsa nel testo dell'art. 188, c. 3, tra prima bozza e

testo definitivo, sembra far pensare a un ripensamento del legislatore che ha voluto riservare il progetto di fattibilità alla stazione appaltante.

[21] L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il titolo presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'art. 60 o 61. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori. Vi è dunque un affidamento congiunto all'aggiudicatario del progetto definitivo ed esecutivo.

[22] La locazione finanziaria che è una ipotesi nominata di partenariato pubblico-privato, ma non del tutto coincidente, quanto a regime giuridico dei livelli di progettazione affidabili all'aggiudicatario. Infatti mentre nel modello generale, secondo il già visto art. 180, c. 1, può affidarsi all'aggiudicatario anche il primo livello di progettazione, nella locazione finanziaria il primo livello di progettazione resta riservato alla stazione appaltante: si stabilisce infatti che la stazione appaltante pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità e che l'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali e all'esecuzione dell'opera.

[23] L'art. 28, c. 13, in tema di appalti misti, ha un tenore testuale incomprensibile e inapplicabile, che cela verosimilmente l'intento, negli appalti misti di progettazione ed esecuzione di lavori, di far prevalere le regole degli appalti di lavori. Ma così com'è oggi scritto, esso sembra "sdoganare" in termini generali l'appalto integrato, in contrasto con il principio dell'eccezionalità di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, affermato dalla delega e da altra disposizione dello stesso codice (art. 59, c. 1). Dispone l'art. 28, c. 13: *"Le stazioni appaltanti ricorrono alle procedure di cui al presente articolo solo nei casi in cui l'elemento tecnologico ed innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori, prevedendo la messa a gara del progetto esecutivo."*

Si tratta di disposizione che non era presente nella bozza originaria sottoposta ai pareri degli organi consultivi.

Alla previsione va dato un significato utile e una applicazione euro-orientata, nelle more di una sua auspicabile riscrittura in termini più rispondenti al canone del *clare loqui*.

Anzitutto, il suo *incipit*, secondo cui *“le stazioni appaltanti ricorrono alle procedure di cui al presente articolo solo nei casi in cui”* va correttamente delimitato; sul piano letterale, esso condiziona l'applicazione di tutto l'art. 28 al solo presupposto del c. 13, ma tale interpretazione letterale sarebbe palesemente contraria al diritto europeo. Inoltre l'art. 28 non contempla “procedure”, ma definisce i regimi giuridici applicabili.

L'ambito della previsione sono, verosimilmente, i contratti misti di lavori e servizi di progettazione, come si desume anche dalla circostanza che afferma che si mette a gara il protetto esecutivo insieme ai lavori. L'appalto avente ad oggetto lavori e progetto esecutivo corrisponde a quello che nel vecchio codice andava sotto il nome di appalto integrato. Tuttavia la legge delega ha posto come principio la limitazione radicale dell'appalto integrato, principio recepito nell'art. 59, c. 1 codice. Perciò, non potendosi ritenere che l'art. 28, c. 13 abbia inteso autorizzare in termini generali l'apporto integrato, esso va interpretato come se contenesse l'implicito presupposto che si verta in uno dei casi tassativi in cui il legislatore italiano ha consentito l'affidamento congiunto di lavori e progettazione.

La previsione intende verosimilmente apprestare un criterio esegetico legale per stabilire come si determina l'oggetto principale del contratto, nel caso in cui abbia ad oggetto sia servizi (di progettazione) che lavori. In tale chiave di lettura, l'oggetto principale possono essere considerati i servizi di progettazione e non i lavori solo nel caso in cui *“l'elemento tecnologico ed innovativo delle opere progettate sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori”*.

In sintesi, il c. 13 dell'art. 28 va letto come se dicesse *“Nell'ipotesi di contratto misto avente ad oggetto l'affidamento congiunto di lavori e servizi di progettazione, nei casi consentiti dal presente codice, l'oggetto principale del contratto è costituito dai servizi di progettazione solo nel caso in cui l'elemento tecnologico ed innovativo delle opere progettate sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori.”*

Anche così interpretata la previsione dà adito a dubbi di compatibilità europea sembrando introdurre un parametro quantitativo ai fini del giudizio di prevalenza di una data prestazione: già la legge Merloni fu stigmatizzata dalla C. giust. UE laddove introduceva parametri di tipo economico anziché qualitativo [C. giust. CE, 21.2.2008 C-412/04].

[\[24\]](#) In dettaglio:

- a) affidamento diretto per importi fino a 40.000 euro; è anche possibile l'esecuzione in amministrazione diretta; è ipotesi che corrisponde ai previgenti "affidamenti in economia";
- b) affidamento con procedura negoziata senza bando per importi pari o superiori a 40.000 euro e inferiori a 150.000 euro per i lavori, ovvero alle soglie comunitarie per servizi e forniture (art. 36, c. 1, lett. b);
- c) una procedura semplificata è prevista per i soli lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro (art. 36, c. 2, lett. c).

[\[25\]](#) Si segnalano sul punto le oscillazioni della giurisprudenza formatasi nel vigore del codice del 2006 in ordine al principio di rotazione in caso di invito del precedente affidatario:

- da un lato la tesi secondo cui il principio di rotazione sarebbe privo di natura precettiva "assoluta", e la sua mancata applicazione non potrebbe valere *ex se* ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore del soggetto già in precedenza affidatario; in difetto di situazioni particolari, riscontrabili ad esempio in ipotesi di precedenti inadempimenti contrattuali, il principio di rotazione non potrebbe essere invocato *sic et simpliciter* per escludere un concorrente che chieda di essere invitato a partecipare ad una procedura negoziata; tra principio di concorrenza e principio di rotazione andrebbero privilegiati i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussisterebbero ostacoli ad invitare (anche) l'uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale [Tar Lazio - Roma, II, 11.3.2016 n. 3119; Cons. St., III, 12.9.2014 n. 4661; Cons. giust. sic., sez. giur., 9.9.2016 n. 570, ord. caut. "*considerato che, fatto salvo un più approfondito esame nella sede di merito della fattispecie concreta, il principio di rotazione (letto in maniera coordinata con il principio di concorrenza) non esclude in via generale, e a priori, che a gare imparziali e trasparenti possa partecipare anche l'affidatario uscente*"];

- dall'altro la tesi di più recente giurisprudenza secondo cui il principio di rotazione va inteso in modo più rigoroso; esso costituisce la garanzia minima affinché la gara possa ritenersi compatibile con le regole di trasparenza e concorrenzialità; per l'effetto, il mancato rispetto del principio di rotazione – ovvero l'invito alla nuova gara del precedente aggiudicatario – è motivo di illegittimità della partecipazione del precedente affidatario [Tar Sicilia - Palermo, III, 27.7.2016 n. 1916], e, per converso, è legittimo il diniego di invito dell'uscente motivato con il principio di rotazione; in sintesi, il "principio della rotazione" andrebbe inteso "come esclusione dall'invito di un operatore già interessato ad un rapporto contrattuale con la stessa azienda" [Tar Lombardia - Milano IV, 9.8.2016 n. 1594; Tar Puglia – Lecce, II, n. 2087/2014].

[26] L'art. 80, c. 1, nonché l'art. 80, c. 5, 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, nei casi in cui è obbligatorio indicare in gara una terna di subappaltatori (art. 105, c. 6).

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 pertinenti 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.

E' peraltro possibile darne una interpretazione comunitariamente orientata, ritenendo quanto meno che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.

[27] Cons. St., ad. plen., 2.11.2015 n. 9; la questione era stata rimessa alla plenaria da Cons. St., IV, 3.6.2015 n. 2707 e da Cons. St., V, 17.6.2015 n. 3069; sulla questione della necessità o meno di indicazione dei nominativi dei subappaltatori in caso di c.d. subappalto necessario, prima di tale plenaria, v., nel senso della necessità di indicazione: Cons. St., IV, 3.3.2016 n. 879; Id., V, 21.7.2015 n. 3615; Id., IV, 4.5.2015 n. 2223; Id., V, 25.2.2015 n. 944; Id., V, 10.2.2015 n. 676; Id., III, 26.11.2014 n. 5856; Id., V, 28.8.2014 n. 4405; Id., IV, 26.8.2014 n. 4299; Id., IV, 26.5.2014 n. 2675; Id., IV, 13.3.2014 n. 1224; Id., III 5.12.2013 n. 5781; Id., III, 4.9.2013 n. 4431; Id., V, 21.11.2012 n. 5900; Id., VI, 2.5.2012 n. 2508; nel senso della non necessità di indicazione dei nominative in gara: Cons. St., IV, 4.5.2015 n. 2223; Id., V, 7.7.2014 n. 3449; Id., V, 19.6.2012 n. 3563.

