



**ATTO DEL GOVERNO n.19
SOTTOPOSTO A PARERE PARLAMENTARE**

Trasmesso alla Presidenza il 5 gennaio 2023

**Schema di decreto legislativo recante
codice dei contratti pubblici**

febbraio 2023

Il settore del trasporto pubblico locale è un settore importante e strategico per l'economia del Paese che conta un numero di imprese operanti nello stesso pari a circa 930 con un fatturato complessivo di 12 miliardi di euro annui.

Le imprese che operano nel settore si caratterizzano per essere, da un lato, stazioni appaltanti operanti nei settori speciali per l'approvvigionamento di beni e servizi e per l'esecuzione di lavori e, dall'altro, operatori economici partecipanti alle procedure per l'affidamento dei servizi. In un caso e nell'altro significativamente coinvolte dalla disciplina dei contratti pubblici. Oggi ancor più in quanto, in molti casi, soggetti attuatori di progetti per la transizione ecologica previsti dal PNRR.

La disciplina dei contratti pubblici, negli ultimi venti anni, ha subito una significativa evoluzione sia a livello comunitario sia a livello nazionale. Dalle prime direttive degli anni '90 si è giunti alle più recenti direttive del 2014 che, presentando un livello di dettaglio nettamente più elevato rispetto alle precedenti, si caratterizzano per essere sostanzialmente self executing lasciando agli Stati Membri esigui spazi di intervento. E ciò nell'ottica, auspicabile e condivisibile, che un mercato aperto a livello comunitario richieda omogeneità ed uniformità delle regole.

Ed è qui che emerge la peculiarità propria del nostro Paese che, differenziandosi rispetto alle scelte operante nella gran parte degli altri Paesi europei, come la Germania, ha introdotto una legislazione nazionale caratterizzata da particolare complessità. Una complessità data non solo dalla numerosità delle norme e degli interventi correttivi ma resa ancor più esasperata dalla tecnica della c.d. soft law seguita dal legislatore del 2016: un rinvio a provvedimenti di rango secondario che, lungi dall'attuare il virtuoso intento di semplificazione auspicato dal legislatore, si è di fatto tradotto in una capillare procedimentalizzazione e burocratizzazione della materia.

L'intento, virtuoso e condivisibile, di perseguire politiche e azioni finalizzate alla prevenzione ed all'emersione della corruzione, si è tramutato in un mostro giuridico che non solo, stando ai dati, non pare raggiungere l'obiettivo ma, quel che è peggio, ha generato danni alla competitività delle imprese e quindi all'economia del Paese.

Ipertrofia della normazione e della regolazione, burocratizzazione e farraginosità delle procedure, proliferazione e sovrapposizione di competenze e di controlli, inducono inefficienza ed aumento dei costi: allungamento dei tempi delle procedure, incremento dei costi del personale necessario a far fronte ai sempre più numerosi adempimenti, aumento dei costi amministrativi generali legati alle procedure ed alla cosiddetta burocrazia difensiva, incremento del contenzioso costituiscono i principali effetti di un sistema normativo non più accettabile.

Il mantra non deve essere solo "legalità" ma "**legalità e competitività**".

La civiltà e l'efficacia di un sistema sono tanto più evidenti quanto più il sistema si fonda su poche regole caratterizzate da chiarezza, semplicità, stabilità e flessibilità.

Oggi il Legislatore nazionale è chiamato ancora una volta a riordinare la disciplina in materia di contratti pubblici con lo scopo di raggiungere la tanto agognata **semplificazione** più volte richiamata come obiettivo principale degli interventi di riforma della materia, unitamente a **razionalizzazione e all'adeguamento al diritto europeo** ed ai principi espressi dalle corti UE e nazionali.

E la Commissione speciale del Consiglio di Stato, come indicato al momento del suo insediamento dal compianto Presidente Frattini, nel predisporre l'articolato del nuovo codice dei contratti, ha lavorato con

l'obiettivo di costruire una normativa sui contratti pubblici snella ed efficace, che possa sostenere la crescita del Paese e affrontare le sfide del PNRR.

Non si può che accogliere favorevolmente il nuovo testo del Codice che nel complesso rispetta gli obiettivi condivisibili che i suoi redattori si sono prefissati presentandosi, innanzitutto, come il primo Codice "autoapplicativo" e, quindi, chiaramente volto al superamento della "soft law" e dimostrando, nel rispetto del principio del divieto di gold plating, una maggiore aderenza alle disposizioni comunitarie rispetto al testo attualmente vigente.

Un nuovo testo sicuramente perfettibile ma che contiene diversi elementi innovativi che consentono di superare molte delle criticità riscontrate nelle produzioni normative che si sono succedute negli anni. Come, ad esempio, l'introduzione dei nuovi principi generali fissati nei primi articoli che costituiscono criteri interpretativi di tutto il nuovo Codice tra i quali, l'individuazione del "principio di risultato" come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale; il principio di concorrenza declinato come mezzo, e non come fine, per conseguire il migliore risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti.

Pur ribadendo anche in questa sede la convinzione che **la distinzione tra settori speciali e settori ordinari in due diversi provvedimenti normativi come prevista dalla normativa europea, avrebbe consentito, probabilmente, di definire una disciplina più uniforme e maggiormente fruibile per i soggetti che operano nei settori speciali, si accoglie favorevolmente il tentativo del Legislatore del nuovo Codice di assicurare un carattere di piena autonomia al terzo Libro dello schema di decreto dedicato agli appalti nei settori speciali.**

E proprio al fine di conferire al Libro III del codice, come si legge nella relazione illustrativa, "il carattere della completezza e della sostanziale autoconclusività", si ritengono necessari alcuni interventi sullo schema di decreto volti a raggiungere a pieno l'obiettivo prefissato.

In particolare, ci si riferisce alle disposizioni relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza e alla disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie. Si rendono, inoltre, necessari alcuni interventi emendativi volti a definire in maniera più puntuale le disposizioni applicabili ai settori speciali.

Prima di passare all'analisi puntuale delle criticità riscontrate nello schema di codice dei contratti pubblici, evidenzia la necessità di un migliore **coordinamento** tra le disposizioni contenute nello schema di codice dei contratti pubblici **con** le norme di recente introduzione previste dal **decreto di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali**.

Il decreto legislativo 201/2022 emanato in attuazione dell'articolo 8 della legge n.118/2022 detta la disciplina di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'articolo 176, comma 2 dello schema di Codice dei contratti prevede che *"Alle concessioni di servizi economici d'interesse generale si applicano le norme della presente Parte; per i profili non disciplinati si applica il decreto legislativo attuativo dell'articolo 8 della legge 5 agosto 2022, 118, recante il testo unico in materia di servizi pubblici locali, nonché le altre norme speciali di settore"*.

L'articolo non prende in considerazione le specifiche esclusioni previste dalle direttive europee in materia di appalti e concessioni per il settore del trasporto pubblico locale. L'aggiudicazione di contratti di servizio (pubblico) in materia di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e metropolitana è disciplinata dal regolamento (CE) n. 1370/2007 ed è esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE a norma del considerando 27 e dell'articolo 10, lettera i), di quest'ultima e dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/25/UE a norma del considerando 35 e dell'articolo 21, lettera g), di quest'ultima. Secondo quanto

previsto, inoltre, dall'articolo 10, paragrafo 3, della direttiva 2014/23/UE, quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi pubblici di trasporto passeggeri a norma del regolamento (CE) n. 1370/2007. L'aggiudicazione di concessioni di servizio per i servizi pubblici di trasporto passeggeri è disciplinata unicamente dal regolamento (CE) n. 1370/2007.

In via generale sarebbe, pertanto, necessario un migliore coordinamento tra i due provvedimenti normativi che in questa sede può esplicitarsi in riferimento all'articolo 176 dello schema di decreto secondo quanto di seguito riportato:

Proposta Emendativa

All'articolo 176, comma 2, dopo le parole *“le norme della presente Parte”* sono inserite *“ferme restando le specifiche esclusioni previste dal presente Codice nel rispetto della normativa dell'Unione europea”*

Venendo all'analisi delle disposizioni contenute nello schema di codice dei contratti, si evidenzia quanto segue.

- **Qualificazione Stazione Appaltanti operanti nei settori speciali e aggregazione delle committenze (Rif. Art. 62 e 63 Schema Codice dei contratti pubblici)**

Il disegno di qualificazione e di riduzione nel numero delle stazioni appaltanti previsto dal Legislatore nazionale non trova una corrispondenza nella normativa comunitaria. Pur comprendendo gli intenti volti ad un efficientamento delle SA e dei processi di acquisto delle pubbliche amministrazioni, si ritiene che tale sistema debba essere, almeno per i settori speciali, rivolto alle sole PP.AA..

Le stazioni appaltanti operanti nei settori speciali risultano, infatti, già per effetto di quanto previsto all'articolo 62, comma 17, parzialmente escluse dal sistema di qualificazione previsto dall'articolo 63. Ciò appare sicuramente coerente con le peculiarità proprie dei settori speciali e soprattutto con la natura imprenditoriale dei soggetti operanti nel settore. Soggetti che, siano essi imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi, hanno tutti natura societaria e come tali non possono essere, dalla legge, vincolati a rigide regole di organizzazione al pari delle PP.AA. Si ritiene, infatti, che in considerazione della natura imprenditoriale di tutti i soggetti sopra richiamati debba salvaguardarsi il potere di autodeterminazione e autoregolazione ad essi riconosciuta.

Per realizzare pienamente ciò sarebbe sufficiente una piccola modifica all'articolo 62, comma 17 ad escludere, attraverso l'eliminazione del riferimento all'articolo 63, i soggetti qualificabili come organismo di diritto pubblico, dall'applicazione dell'articolo 63. Coerentemente, per rispondere all'esigenza di garantire il potere di autorganizzazione ai soggetti operanti nei settori speciali, si ritiene debba conseguentemente eliminarsi la previsione secondo la quale sarà possibile, con successivi interventi sull'allegato II.4, definire per i soggetti sopra richiamati, criteri di qualificazione *“alternativi”*.

Si tratta, infatti, nella totalità dei casi di società gerenti servizi pubblici locali come tali indubbiamente dotate di organizzazione e requisiti rispondenti all'esigenze del legislatore e, soprattutto, di società soggette a tanti e tali obblighi, adempimenti e controlli da fornire ogni garanzia di solidità di funzionamento.

Un'opportunità che si ritiene possa essere data ai soggetti operanti nei settori speciali in coerenza anche a quanto sopra affermato è quella relativa alla possibilità di consentire per tali soggetti, nell'ambito della loro autonomia organizzativa, di effettuare acquisti in maniera aggregata in modo da creare economie di scala e di processo.

In tal senso si auspica un'integrazione dell'articolo 62, comma 17 volta a prevedere forme di aggregazione delle committenze anche per tali tipologie di soggetti.

Pertanto, l'auspicio è che il comma 17 dell'articolo 62, nel testo dell'emanando Codice dei contratti, possa essere così modificato:

17. Dall'applicazione del presente articolo ~~e dell'articolo 63~~ sono esclusi le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152. ~~Con modifiche e integrazioni all'allegato II.4 possono essere disciplinati i criteri di qualificazione per gli enti e i soggetti di cui al primo periodo e le regole di iscrizione nell'elenco ANAC, oltre che le regole di funzionamento e gli ambiti di riferimento delle relative centrali di committenza~~ Le stazioni appaltanti quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152, possono aggregarsi in soggetto anche non qualificato, purché dotato di rilevanza esterna, al fine di svolgere congiuntamente una o più fasi della procedura di affidamento di un appalto di servizi e forniture.

Proposta emendativa

All'articolo 62, comma 17, sono apportate le seguenti modifiche:

- a) al primo periodo sopprimere le parole "e dell'articolo 63;
- b) il secondo periodo è soppresso;
- c) è aggiunto infine il seguente periodo "Le stazioni appaltanti quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152, possono aggregarsi in soggetto anche non qualificato, purché dotato di rilevanza esterna, al fine di svolgere congiuntamente una o più fasi della procedura di affidamento di un appalto di servizi e forniture"

- **Disposizioni applicabili alle imprese pubbliche e ai soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi (rif. art. 141 Schema Codice dei contratti pubblici)**

L'articolo 141, comma 2 prevede che "Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del presente Libro solo per i contratti strumentali da un punto di vista funzionale a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152".

Come chiarito nella famosa sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2011 per gli appalti "estranei", ossia gli appalti aggiudicati dalle imprese pubbliche operanti nei settori speciali per scopi diversi dalle loro attività (appalti no core), la sottrazione alla direttiva sui settori speciali non comporta l'espansione della direttiva sui settori ordinari, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie con la conseguenza che per gli appalti non strumentali da un punto di vista funzionale rispetto alle attività proprie dei settori speciali, le imprese pubbliche non sono tenute ad applicare il Codice dei contratti.

Sarebbe opportuno, pertanto, definire con una chiara disposizione normativa che le imprese pubbliche per l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture non strettamente funzionali all'attività dei settori speciali, ricorrono alle norme generali di diritto privato e non al Codice dei contratti pubblici.

Proposta emendativa

All'articolo 141, comma 2, sono inserite le seguenti parole "e, per i contratti non strumentali, le disposizioni del codice civile e le norme generali di diritto privato".

- **Disposizioni applicabili alle stazioni appaltanti operanti nei settori speciali (rif. Art.141 Schema Codice dei contratti pubblici)**

L'articolo 141 individua le disposizioni applicabili alle stazioni appalti e agli enti concedenti che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152.

Tra le norme applicabili ai soggetti che operano nei settori speciali è previsto al comma 3, lett.b) che l'articolo 15 (RUP) si applichi solo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che sono amministrazioni aggiudicatrici prevedendo poi al comma 4, lett. b) che le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi stabiliscano una propria disciplina per l'adattamento delle funzioni del RUP alla propria organizzazione.

In considerazione del fatto che è necessario garantire a tutti i soggetti costituiti in forma societaria la possibilità di organizzare la propria struttura secondo logiche imprenditoriali, è opportuno prevedere che le stazioni appaltanti aventi natura societaria operanti in tali settori, siano esse qualificabili come imprese pubbliche o come organismi di diritto pubblico, possano esercitare i "poteri di autorganizzazione" elencati al comma 4.

Proposta emendativa

All'articolo 141, comma 3, lett. b, secondo capoverso le parole "alle stazioni appaltanti e " sono soppresse. Conseguentemente al comma 4 le parole "Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi" sono sostituite dalle parole "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti aventi forma societaria".

- **Disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie (rif. Artt. 50 e 141 Schema Codice dei contratti pubblici)**

L'intera parte I del Titolo II (artt. 48-55) non risulta applicabile ai settori speciali in quanto non richiamata espressamente né dall'articolo 141 né dai successivi articoli 153 e 167. Tuttavia, l'articolo 50 al comma 5 prevede che "Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all'articolo 14, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve

essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza. Gli altri soggetti di cui all'articolo 141, comma 1, secondo periodo applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato sull'Unione europea".

Seguendo la logica che ha animato il Legislatore nel definire le disposizioni applicabili ai settori speciali nel Libro III, operando negli articoli 141, 153 e 167, ivi contenuti, l'espresso richiamo delle disposizioni dei settori ordinari applicabili anche ai settori speciali, è nello stesso Libro III che dovrebbe più correttamente individuarsi la disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie per i settori speciali.

Proposta Emendativa

- All'articolo 50, sopprimere il comma 5;
- All'articolo 141, dopo il comma 2 è inserito il comma «2-bis. *Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all'articolo 14, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza. Gli altri soggetti di cui all'articolo 141, comma 1, diversi dalle Pubbliche Amministrazioni applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato sull'Unione europea".*

- **Norme procedurali e processuali in tema di accesso (Rif. Articolo 36 Schema di Codice dei contratti pubblici)**

L'articolo 36 innova sensibilmente la disciplina dell'accesso agli atti di gara introducendo onerosi adempimenti in capo alle stazioni appaltanti. L'articolo risulta applicabile anche ai settori speciali in quanto richiamato espressamente dall'articolo 141, co.3, lett.c).

La normativa comunitaria (art. 21 Direttiva 2014/24/UE e art. 39 Direttiva 2014/25/UE) non prevede una disciplina di dettaglio in materia facendo salva la legislazione nazionale relativa all'accesso alle informazioni. Normativa comunitaria che risulta nello schema di decreto già ampiamente recepita all'articolo 35 recante "accesso agli atti e riservatezza". L'ordinamento italiano disciplina già nel dettaglio il diritto di accesso agli atti amministrativi nella legge 241/1990 e l'istituto dell'Accesso civico (semplice o generalizzato) di cui al D.Lgs. 33/2013 consente a chiunque di accedere a dati, documenti e informazioni delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti rientranti nell'ambito di applicazione della norma (tra le quali rientrano sicuramente tutte le stazioni appaltanti) senza necessità di dimostrare un interesse qualificato.

La disposizione, quindi, introduce ulteriori norme che rischiano di sovrapporsi alla già complessa disciplina dettata dalle due norme sopra richiamate. L'articolo, inoltre, è suscettibile di violare il divieto di gold plating. Pertanto, si ritiene necessario eliminare tale articolo dallo schema di decreto.

Proposta emendativa

- L'articolo 36 è soppresso.

- **Fascicolo virtuale dell'operatore economico (rif. Art. 24 Schema Codice dei contratti pubblici)**

Lo schema di decreto dedica l'articolo 24 al FVOE che risulta applicabile anche agli appalti nei settori speciali. Nella consapevolezza che la piena attuazione della Banca dati nazionale presso l'ANAC e l'istituzione del FVOE siano strumenti fondamentali per la vera semplificazione delle procedure di gara, sarebbe opportuno prevedere che l'utilizzo dello stesso non sia collegato necessariamente ad una procedura di gara registrata nel SIMOG dell'ANAC, ma sia consentito l'accesso alla piattaforma da parte delle stazioni appaltanti per la verifica dei requisiti degli operatori economici indipendentemente dall'effettuazione di una gara, ad esempio consentendo l'accesso alla piattaforma mediante indicazione del codice fiscale dell'operatore economico. Ciò consentirebbe al sistema di essere concretamente di ausilio per le stazioni appaltanti e per gli stessi operatori, anche nel caso di utilizzo di procedure di qualificazione degli operatori, quali i sistemi di qualificazione e albo fornitori per le procedure sottosoglia (per le quali non è prevista la registrazione preventiva nel Simog).

- **Regole applicabili alle comunicazioni (Rif. Art. 29 Schema di Codice dei contratti pubblici)**

L'articolo 29, applicabile anche ai settori speciali per espresso richiamo dell'articolo 141, co. 3, lett. c), conformemente all'articolo 40 della direttiva 2014/25/UE e all'articolo 22 della Direttiva 2014/24/UE, stabilisce che tutte le comunicazioni e gli scambi di informazione previsti dal Codice debbano essere eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronica. La nuova disciplina contenuta nell'articolo 29 riproduce sostanzialmente quanto previsto dall'articolo 40 del D.Lgs. 50/2016. Non sono, invece, riproposte nel nuovo articolato le deroghe all'utilizzo di mezzi di comunicazioni elettronici per appalti particolarmente complessi individuate all'articolo 52 del D.Lgs. 50/2016 conformemente a quanto stabilito dagli articoli sopra richiamati delle direttive europee. Sarebbe opportuno, pertanto, riproporre anche nel nuovo schema di decreto quanto previsto dall'articolo 52, comma 1 del codice attualmente vigente in quanto le previsioni in esso contenute sono di derivazione comunitaria.

- **Fasi delle procedure di affidamento (Rif. Art. 17 Schema Codice dei contratti pubblici).**

L'articolo 17 individua le fasi delle procedure di affidamento ed è, per espresso richiamo dell'articolo 141, comma 3, lett. b), applicabile anche agli appalti nei settori speciali. Al fine di rendere le previsioni contenute nell'articolo maggiormente aderenti alla struttura ed organizzazione delle varie tipologie di stazioni appaltanti tenute all'applicazione della norma, si rendono opportune alcune precisazioni di carattere terminologico.

Proposta emendativa

- All'articolo 17, comma 1, dopo le parole "con apposito atto," sono aggiunte "in conformità ai propri ordinamenti".
- All'articolo 17, comma 10, le parole "dirigente competente" sono sostituite dalle parole "soggetto competente".

- **Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (Rif. Libro V).**

In via generale, in riferimento alle disposizioni contenute nel Libro V, al fine di fugare ogni dubbio circa l'applicabilità dello stesso ai settori speciali, sarebbe opportuno prevedere un specifico richiamo del Libro V tra le norme applicabili a tali settori.

Con specifico riferimento alla disciplina contenuta all'articolo 215 relativa al Collegio consultivo tecnico, pur condividendo la finalità della disposizione che è dichiaratamente volta ad evitare che si originino contenziosi che possano ritardare o pregiudicare la realizzazione dell'opera pubblica, si ritiene che la costituzione del collegio consultivo tecnico per le stazioni appaltanti o gli enti concedenti che operano nei settori speciali debba essere previsto come facoltà e non come obbligo.

Proposta emendativa

- All'articolo 141, comma 2 è infine aggiunta la lettera "j) il libro V, Parte I".
- All'articolo 215, comma 1, al secondo capoverso, dopo le parole "la costituzione del collegio è obbligatoria." sono inserite le parole "*Per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152 la costituzione del collegio consultivo tecnico è facoltativa*"