



Istituto Grandi Infrastrutture

*Indicazioni, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, quarto periodo,
della legge n. 78/2022 in merito alle disposizioni non conformi
ai principi e ai criteri direttivi della delega*

Atto del Governo n. 19

Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici

**AUDIZIONE
SENATO DELLA REPUBBLICA
COMMISSIONE 8^a (LAVORI PUBBLICI, COMUNICAZIONI)**

1 febbraio 2023

Premessa generale

L'ispirazione di fondo del presente documento è costituita dai contenuti dell'articolo 1, comma 1 e del comma 2, lett. a), della legge-delega, laddove si fa riferimento all'adeguamento al diritto europeo e alla stretta aderenza alle Direttive, con una ulteriore particolare attenzione all'inciso presente nella lett. a) del comma 2, in merito all'esigenza di tenere conto delle specificità dei contratti nei settori speciali. Non è poi assente, nel sottofondo delle nostre osservazioni, il richiamo al divieto di *gold plating* contenuto nelle ultime battute della lett. c) del comma 2, dove si fa riferimento alla "*riduzione della relativa normativa*".

1. Accesso agli atti di gara e salvaguardia dei segreti industriali e commerciali (art. 35, comma 4, lett. a), e 36); art. 21, Dir. 24; art. 29, Dir. 25)

La lett. a) dell'art. 35 corrisponde alla medesima disposizione contenuta nell'art. 54, comma 5, lett. a) del vigente Codice 50/2016, ma intorno a tale disposizione si sta sviluppando un contenzioso di non semplice soluzione, in merito alla nozione di "*segreti tecnici o commerciali*".

Si tratta di una problematica che, grazie all'esperienza maturata al riguardo, soltanto l'Autorità per la concorrenza è in grado di risolvere. Per questo motivo, la Commissione potrebbe proporre al Governo di riconoscere alle stazioni appaltanti la facoltà di rimettere la questione all'Autorità per la concorrenza perché formuli al riguardo un proprio parere.

Di diversa natura è la problematica che apre l'art. 36, il quale introduce adempimenti informativi a carico delle stazioni appaltanti, che non sono previsti negli artt. 24 e 25 delle Direttive 24 e 25. Oltre ad appesantire la gestione nelle gare, la norma rischia di creare i presupposti per il contenzioso. Infatti, nei commi 2 e 3 è previsto che vengano rese disponibili, da parte della stazione appaltante, agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, le reciproche offerte tecnico-economiche, esercitando anche decisioni in merito all'oscuramento delle parti delle offerte considerate dagli stessi offerenti commercialmente riservate, interferendo sui diritti di proprietà commerciale del mercato di riferimento (commi 2 e 3).

Per quanto riguarda l'art. 36, si chiede alla Commissione di indicare al Governo la necessità di attenersi alle Direttive evitando fenomeni di *gold plating*.

2. Appalto integrato (art. 44)

A) La disposizione del secondo comma dell'articolo 44 impone alle stazioni appaltanti di formulare, nella fase di gara, una previsione circa il rischio che, nella successiva fase esecutiva, possano verificarsi scostamenti dai costi e dal progetto.

È una previsione che, a ben guardare, non ha molto senso, perché il rischio di scostamento può derivare o da un'insufficiente impostazione della procedura o da difetti e mancanze del progetto esecutivo non rilevati, o ancora da pretese ingiustificate dell'operatore economico che la stazione appaltante non ha respinto. Si tratta, all'evidenza, di fenomeni che non sono esclusivi di questa tipologia contrattuale e, quindi, non si capisce il motivo per cui, con

riferimento alle altre procedure, manchi una disposizione analoga. Ad ogni modo, resta una previsione che può rivelarsi occasione di contenzioso, sia nella fase di gara, sia, soprattutto, in sede esecutiva.

B) Esecuzione per fasi

Un'altra questione di rilevanza pratica non marginale deriva dalla formulazione della norma contenuta nel comma 5, laddove stabilisce che l'esecuzione dei lavori può iniziare dopo l'approvazione del progetto esecutivo da parte della stazione appaltante.

Detta in questi termini, la norma finisce per precludere alle stazioni appaltanti la possibilità di anticipare attività che, senza incidere o interferire con le verifiche di cui all'art. 42 e all'all. I.7, permettono di rendere produttivi i tempi morti della procedura di verifica.

Si propone pertanto di indicare al Governo di prevedere che specifiche operazioni esecutive possano iniziare fin dall'avvio della verifica del progetto esecutivo, purché non interferenti con la procedura stessa.

C) Il secondo periodo del comma 4 dell'art. 44 va completato inserendo dopo le parole "oggetto ..." le seguenti: "*l'impegno a redigere il progetto esecutivo e a formulare il prezzo*"; altrimenti, sembra che il progetto esecutivo debba far parte dell'offerta, il che non può essere, in quanto la sua redazione avviene nella fase che segue all'aggiudicazione.

3. Sotto soglia nei settori speciali (art. 50, comma 5)

La disposizione contenuta nel comma 5 si preoccupa di precisare che le imprese pubbliche, per affidare i contratti rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152, si servano di propri regolamenti.

Detta in questi termini, la norma potrebbe essere intesa come se sottintendesse che, per le attività non rientranti nel suddetto ambito, trovino applicazione le disposizioni ordinarie.

Si propone di prospettare al Governo la necessità di prevenire rischi di contenzioso, eliminando, come superfluo, l'inciso "rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152".

4. Imprese pubbliche dei settori speciali che svolgono attività di committenza acquisita mediante gara. Osservazioni in merito ad una opinione non condivisibile contenuta nella Relazione di accompagnamento al Codice

Nella relazione di accompagnamento al Codice, è contenuto il commento qui di seguito trascritto, in calce al quale è riportata una necessaria puntualizzazione, atteso che la sua collocazione in una relazione di tale ampiezza e approfondimento, potrebbe supporre dotato di valore quasi equivalente a quello normativo.

«Per i contratti sottosoglia, la norma vigente detta una disciplina unitaria per le imprese pubbliche e per i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, rinviando all'applicazione delle norme interne dei singoli enti o società, purché siano conformi ai principi del Trattato posti a tutela della concorrenza.

La norma, quindi, non sembra consentire alle imprese pubbliche che esercitano in uno dei settori speciali (che costituisce l'unico presupposto applicativo

per essere assoggettate alla relativa normativa prevista dagli artt. 153 ss. del presente codice, anche quando il servizio o l'attività siano state acquisite mediante una procedura di evidenza pubblica), che intendano affidare a terzi appalti strumentali allo svolgimento di una delle predette attività, di utilizzare strumenti di acquisizione più flessibili e semplificati come quelli previsti nei commi da 1 a 3 dell'articolo in commento (si pensi alla previsione dell'affidamento diretto per lavori fino a 150.000 euro, procedura che si sottrae ai principi proconcorrenziali del Trattato e quindi non sarebbe utilizzabile, stando al vigente art. 36, comma 8, cit., dalle imprese pubbliche, né dai privati titolari di diritti speciali ed esclusivi».

Senonché, tuttavia, le riportate osservazioni non tengono conto dell'art. 143 e dell'interpretazione applicativa che ne ha fornito la Commissione Ue nella Decisione di esecuzione (UE) 2020/1193. Il principio che si ricava dai Considerando 8, 10, 12, 14, 15, 16, 25 e soprattutto 26 di tale Decisione, è che l'impresa pubblica, la quale partecipi ad una gara aperta a tutti gli operatori presenti sul mercato, al fine di acquisire il ruolo di stazione appaltante per conto dell'ente affidante, comporta la liberalizzazione della sua attività sul mercato interessato, e quindi l'esonero dalla applicazione della evidenza pubblica di cui alle Direttive del 2014, delle attività da essa poste in essere nella fattispecie.

Ne deriva la necessità di rimodulare questo passaggio della Relazione, altrimenti il valore interpretativo di una relazione di tale estensione finisce per diventare, all'atto pratico, vincolante come una norma generale e astratta.

5. Revisione prezzi - Indici sintetici Istat - Prezzari propri (art. 60)

Il comma 3 di tale articolo prevede che, per calcolare le variazioni intervenute, siano da utilizzare, indici sintetici approvati dall'Istat. Al riguardo, non si tiene conto del fatto che le stazioni appaltanti più importanti, avvalendosi dell'esperienza maturata nella gestione di un numero elevato di gare, dispongono di serie complete di prezzari, ai quali ricorrono per l'elaborazione dei propri progetti e per la successiva determinazione degli indici di variazione a fini revisionali. Si tratta di un'attività da non disperdere, che giustifica la proposta di preservarne l'uso. D'altronde, un importante precedente è costituito dalla disposizione contenuta nel comma 12 dell'art. 26 del decreto-legge 50/2022.

6. Motivi di esclusione (artt. 94; 95; 96; 98; 99) - Funzione delle SOA - Attestazione SOA senza indicazione - Problemi applicativi delle disposizioni sui motivi di esclusione e proposte di soluzione

A) Problemi interpretativi e applicativi dell'art. 98, in rapporto all'art. 94 e al regime SOA

Il punto di partenza di queste note è costituito dalla descrizione della struttura dell'art. 98.

Questa si sviluppa lungo le seguenti linee: *i)* accertamento che l'operatore economico ha commesso uno degli illeciti professionali elencati nel comma 4; *ii)* la prova che l'abbia commesso è desumibile dal provvedimento punitivo applicato, previsto dall'ordinamento (comma 7) per la violazione commessa. Tuttavia, questo non è ancora sufficiente per escluderlo dalla gara, perché occorre l'ulteriore accertamento, che l'illecito professionale commesso presenti (comma 2) profili di gravità capaci di compromettere l'affidabilità e

l'integrità del concorrente. Per valutare tale gravità, si deve tenere conto (comma 5) della lesione inferta dalla condotta dell'operatore economico al bene protetto nei singoli casi del comma 4.

Da questa ricostruzione dello sviluppo applicativo dell'art. 98, emerge la differenza con l'art. 94: se si trattasse soltanto di appurare se quello specifico illecito commesso è stato raggiunto dalla sanzione normativamente stabilita, l'art. 98 si risolverebbe in un doppione dell'art. 94.

C'è, dunque, un di più che la stazione appaltante deve appurare che esige un'attività tutt'altro che agevole, perché si va ad innestare su una motivazione resa sulla base di elementi non solo documentari, che quasi inevitabilmente sfuggono al successivo intervento della stazione appaltante.

Si prenda, a mo' di esempio, il caso dell'illecito professionale di cui al comma 4, lett. a): *“sanzione esecutiva irrogata dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all’oggetto specifico dell’appalto”*. Ipotizzando il caso che la sanzione venga irrogata per accordi tra imprese, capaci di alterare l'esito della gara, ebbene, ai fini dell'art. 98, questo non è sufficiente per l'esclusione, dovendo il committente indagare ulteriormente se vi sono profili di grave illecito professionale. Senonché, impostata in questi termini, la norma va incontro ad esiti paradossali, perché se l'indagine si conclude negativamente, l'impresa va ammessa a prescindere dalla sussistenza di un provvedimento di *“condanna”*. In più, non è soltanto un'ipotesi di scuola quella che non tutte le stazioni appaltanti, che hanno rapporti con quella impresa, pervengano alle stesse conclusioni; o che due stazioni appaltanti, ciascuna delle quali debba esprimersi nella propria gara in ordine allo stesso operatore economico sul quale grava il medesimo illecito professionale, forniscano soluzioni divergenti.

Questa incertezza applicativa deriva dall'essersi il nostro ordinamento allontanato, nel recepimento e nell'interpretazione dell'art. 57, par. 4, della Direttiva 2014/24, per il quale, il grave illecito professionale non è il contenitore delle varie ipotesi di esclusione facoltativa, ma soltanto una delle elencate cause di esclusione. Esemplificando: nel testo comunitario, l'ipotesi di cui al comma 4, lett. b) del nuovo Codice, è collocata nel par. 4, lett. i), mentre il riferimento al grave illecito professionale è contenuto nella lett. c).

L'incongruenza di tale disposizione, avendo inteso in maniera distorta la norma comunitaria, ha finito per rendere ingestibili, e soprattutto asimmetrici, rispetto al sistema nel suo insieme, l'art. 98 e l'art. 94. Ed infatti, non si comprende la ragione per la quale, se l'esclusione dalla gara dipende non già dalla sentenza (lett. h) del comma 4), ma dal ricorrere di una gravità incidente sull'affidabilità e sull'integrità del concorrente, lo stesso criterio non venga utilizzato nella fattispecie dell'art. 94, non avendo senso escludere un concorrente che non ha pagato tasse o contributi sociali senza indagare se non sia, ciò nonostante, professionalmente affidabile e integerrimo (per es., è stato sempre ligio a tali doveri).

Appare evidente l'esigenza che il sistema riacquisti una propria logica, la quale non può essere costituita dalla soluzione prevista nell'art. 98, che affida alle stazioni appaltanti un'attività che si sovrappone a decisioni di altri organismi, le cui decisioni, al limite, potrebbero portare all'ammissione alla gara, non avendo la singola stazione appaltante riscontrato la gravità di cui è parola nel comma 5. Con la conseguenza indiretta di una sorta di depotenziamento dei provvedimenti del comma 7.

Alla luce di quanto precede, si prospettano alla Commissione le seguenti soluzioni.

Per quanto concerne la **lett. a)** del combinato disposto del comma 4 e del comma 7, nessuno meglio dell’Autorità per la concorrenza può decidere se l’operatore economico continui ad essere affidabile ed integro.

Con riferimento alla **lett. h)**, la regola da applicare è quella scritta nell’art. 19 del Codice penale, applicata anche nell’art. 94, comma 1, lett. h): se il giudice penale non ha ritenuto di applicare la pena accessoria, si verificherebbe un grave *vulnus* nel sistema, qualora, invece, la stazione appaltante negasse l’ammissione alla gara.

Per quanto riguarda la **lett. b)** dei commi 4 e 7, il caso ivi previsto è quello del rinvio a giudizio per uno dei reati di cui all’art. 94. In altri termini, abbiamo una norma (l’art. 94, appunto) che vieta l’esclusione dalla gara se non c’è una sentenza irrevocabile, e un’altra disposizione (appunto, l’art. 98) che prevede l’esclusione dalla gara se lo stesso soggetto non escludibile senza il giudicato, viene, ciò nonostante, escluso a causa della proposta di rinvio a giudizio, cioè proprio di quel giudizio che non può comportare l’esclusione prima del passaggio in giudicato della sentenza! La soluzione non può che essere la soppressione della norma, perché viene violata la regola, prima ancora che comunitaria, costituzionale, sulla presunzione di innocenza.

Con riferimento alla **lett. e)**, non si capisce se l’accertamento definitivo della violazione comporti l’esclusione, il che sarebbe incoerente con la *ratio* dell’art. 98, oppure imponga la ricerca di quel grave grado di illiceità che compromette affidabilità e integrità del concorrente. La soppressione della disposizione sembra che s’imponga.

Quanto ai casi di cui alle **lettere b), c), d)**, la soluzione può essere quella di stabilirne l’applicazione soltanto ad esperienze dirette della stessa stazione appaltante, altrimenti non si capisce come possa una stazione appaltante

intromettersi in rapporti intercorrenti tra soggetti terzi, ed esprimere giudizi motivati.

Le precedenti osservazioni non esauriscono, tuttavia, la problematica sui motivi di esclusione, perché vi è un aspetto particolarmente importante nell'ordinamento della qualificazione, che riguarda i lavori pubblici.

B) Si tratta della disciplina sulla qualificazione delle imprese, affidata alle SOA.

Per concorrere alle gare, gli operatori economici devono essere dotati ed esibire l'attestazione rilasciata dalle SOA, dove è indicato l'importo dei singoli appalti entro il quale l'impresa può gareggiare; e la specializzazione (lavori stradali, idraulici, ecc.) accertata in capo all'operatore economico. L'attestazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per l'ammissione alla gara. La relativa disciplina è contenuta nell'art. 100, commi da 4 a 9, e negli allegati ivi menzionati.

L'aspetto singolare di questa disciplina è data dal fatto che le stazioni appaltanti debbano, da un canto, attenersi a quanto dichiarato dalle SOA e, dall'altro, non possano esercitare alcun potere qualificatorio aggiuntivo. Il paradosso della questione complessiva dei motivi di esclusione risiede in ciò, che le stazioni appaltanti di lavori pubblici, come abbiamo visto, sono gravate dell'ingrato compito di stabilire se il concorrente è degno di contrattare con la Pubblica Amministrazione, mentre le SOA restano estranee alla vicenda concreta della verifica della sussistenza di motivi di esclusione, pur essendo la loro attività fondata proprio sul presupposto che, a carico delle imprese, non vi siano cause di esclusione. È evidente che, nel sistema, vi è una asimmetria a

tutto danno delle stazioni appaltanti, le quali nulla possono per quanto riguarda i requisiti speciali, e molto debbono per ciò che concerne i motivi di esclusione.

Appare evidente la necessità di ristabilire l'equilibrio, stabilendo che l'art. 98 non si applica alle stazioni appaltanti, ma alle SOA.

Il sistema SOA ha, poi, bisogno di una correzione non più rinviabile, in quanto mina la trasparenza delle qualificazioni ottenute dalle imprese e attribuite dalle SOA. Si tratta della disposizione oggi contenuta nell'art. 90, comma 1, del Codice 50 del 2016 e, prima ancora, nell'art. 5 del Codice 163 del 2006.

È la norma che impone di riportare sull'attestazione SOA le referenze che hanno permesso alla SOA di rilasciare l'attestazione stessa. È una regola di trasparenza che permette alle stazioni appaltanti e ai concorrenti di conoscere la effettiva capacità delle imprese presenti sul mercato.

C) Sempre con riferimento alla disciplina SOA, contenuta nell'art. 100, commi da 4 a 9, bisogna correggere la disposizione contenuta nel comma 7 dove si fissa in 15 anni il periodo di attività documentabile. Si tratta di un arco di tempo che può dare luogo a situazioni paradossali come quella dell'operatore economico operativo soltanto nei primi 5 anni dei 15, e che, ciononostante, risulta meritevole di ottenere, grazie a quei requisiti, una nuova attestazione di qualificazione, che, essendo condizione necessaria e sufficiente, interdice alle stazioni appaltanti di sollevare obiezioni.

È evidente il grave *vulnus* che si crea nelle gare quando si premiano concorrenti meno efficienti e meno interessanti per le stazioni appaltanti, con ulteriore violazione anche delle regole comunitarie, le quali esigono, nei concorrenti, una capacità attuale e non storica, rispetto al momento della gara.

7. I motivi di esclusione nei settori speciali

A) In premessa, si ritiene utile segnalare una questione che riveste una non marginale importanza, perché, risolvendola, si agevolerebbero gli utilizzatori del Codice nelle loro ricerche.

Si tratta di questo: fin dall'entrata in vigore delle Direttive settori speciali, l'espressione "*enti aggiudicatori*" ha sempre denotato i committenti di tale mercato. La sua sostituzione con l'espressione "*stazioni appaltanti*" non facilita l'immediatezza dell'individuazione della norma applicabile, tenuto conto che l'espressione stazioni appaltanti è usata indifferentemente anche per i settori ordinari. Si suggerisce, per ciò, di ripristinare l'originaria espressione, ancora presente nelle Direttive del 2014.

B) Il nuovo Codice applica la disciplina dei motivi di esclusione, dettata per i settori ordinari, anche ai settori speciali, attraverso un circuito normativo da ricostruire di volta in volta, in quanto distribuito fra quattro articoli (166, 167, 168 e 169), che vale la pena di riportare per metterli a confronto con l'art. 80 della Direttiva 2014/25 sui settori speciali, ed evidenziare la distanza che separa la normativa contenuta nei suddetti articoli dalla disposizione comunitaria.

L'art. 166 è intestato alle informazioni che gli enti aggiudicatori debbono fornire a coloro che hanno chiesto una qualificazione nel sistema di qualificazione, nonché ai candidati e agli offerenti nel caso di gare effettuate senza avvalersi del suddetto sistema di qualificazione. Nel primo comma, è precisato che si applicano le disposizioni di cui all'art. 90 e ai successivi commi 2, 3, 4. Sempre nell'art. 166, si afferma che le motivazioni in ordine al diniego di

iscrizione nel sistema di qualificazione si fondano sui criteri di qualificazione del successivo art. 168 e, anche nel caso di revoca della qualificazione, le motivazioni non possono allontanarsi dalle previsioni dell'art. 168.

L'art. 167, dedicato alle ulteriori disposizioni applicabili nella scelta del contraente, fa riferimento, nel comma 1, lettera c), all'assenza delle cause di esclusione previste dagli artt. 94 e 95, ma con riferimento agli accordi internazionali. In altri termini, questa disposizione vale soltanto per gli appalti internazionali.

L'art. 168, relativo alle procedure di gara con sistemi di qualificazione, stabilisce che, per l'iscrizione in tali sistemi, è previsto il diniego di iscrizione se, a carico dell'operatore economico, sussistono le cause di esclusione di cui agli articoli 94 a 98, con l'aggiunta del 169.

Quest'ultimo disciplina le procedure di gara regolamentate, e stabilisce che gli enti aggiudicatori sono tenuti ad applicare l'art. 94 sulle cause di esclusione automatica, mentre le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi possono stabilire preventivamente quali condotte costituiscono gravi illeciti professionali agli effetti degli artt. 95, comma 1, lett. f), e 98.

Si tratta all'evidenza di un sistema articolato su più disposizioni, che, con riferimento ai motivi di esclusione, si pone in aperto contrasto con l'art. 80 della Direttiva 2014/25 sui settori speciali.

Tale articolo si compone di tre parti, la prima delle quali è espressa in termini di facoltà, ed infatti gli enti aggiudicatori possono, e quindi non sono tenuti ad utilizzare i motivi di esclusione di cui all'art. 57 della Direttiva 2014/24 sui settori ordinari. È una disposizione che ha come destinatari sia le amministrazioni pubbliche sia le imprese pubbliche e i titolari di diritti speciali o esclusivi.

Il secondo comma specifica che i destinatari delle proprie disposizioni sono soltanto le amministrazioni aggiudicatrici, per le quali si distingue tra criteri di esclusione di cui all'art. 57, par. 1 e 2 (si tratta delle esclusioni automatiche) e criteri di esclusione del paragrafo 4.

La differenza di questi criteri è costituita dal fatto che le amministrazioni aggiudicatrici sono obbligate ad applicare i criteri dei paragrafi 1 e 2; mentre, se si tratta dei criteri di cui al paragrafo 4 dell'art. 57, ne diventa doverosa l'applicazione, ma solo per disposizione espressa degli Stati membri.

È di tutta evidenza che le imprese pubbliche e i titolari di diritti speciali o esclusivi dispongono di una facoltà piena e incondizionata in merito alla disciplina dei motivi di esclusione.

Il nuovo Codice, invece, attraverso un circuito normativo da ricostruire di volta in volta, impone l'applicazione di tutte le disposizioni dei settori ordinari, che, paradossalmente, la Direttiva 25 non impone nemmeno alle amministrazioni aggiudicatrici.

Il rispetto della delega, in particolare del comma 2, lett. a), che ammette a tenere conto delle specificità dei contratti nei settori speciali, impone di riportare letteralmente nel nuovo Codice l'art. 80 della Direttiva 2014/25, perché questo è l'unico modo per non andare incontro a procedure di infrazione (comma 1 dell'art. 1 della legge-delega 78/2022).

8. Contratti continuativi di cooperazione (art. 119, comma 3, lett. d))

Tale disposizione presenta lo stesso contenuto della corrispondente norma del Codice vigente (art. 105, comma 3, lett. c-bis)), tranne che per

l'inciso "*secondarie, accessorie o sussidiarie*", inserito dopo la parola iniziale "*le prestazioni*".

Questa innovazione rende la disposizione di problematica decifrabilità, in quanto le citate aggettivazioni, essendo proprie della natura dei contratti continuativi di cooperazione, rendono difficile individuare quelle che non sono né sussidiarie, né secondarie, né accessorie; con l'effetto di penalizzare con l'esclusione dalla gara l'operatore che le dovesse adoperare nella supposizione della loro appartenenza a quelle consentite.

9. Variante (art. 120, comma 2)

Tale disposizione, stabilendo in termini generali, senza distinguere tra settori ordinari e settori speciali, che, nelle fattispecie indicate, il contratto può essere modificato entro il limite del 50% del valore del contratto iniziale, costituisce un arretramento, rispetto alla corrispondente norma del vigente Codice 50 (comma 7 dell'art. 106), il quale applica tale limite soltanto ai settori ordinari.

Nella Direttiva 2014/25, il Considerando (113), a proposito delle modifiche sopra soglie minime, non prevede alcuna limitazione quantitativa, ma soltanto la condizione che non si tratti di modifiche sostanziali.

In conclusione, bisognerebbe inserire nel comma 2 dell'art. 120 dopo le parole: "*...il contratto può essere modificato*" la frase "*solo se si tratta dei settori ordinari e l'eventuale aumento...*".

10. Ambito di applicazione per le imprese pubbliche e per i titolari di diritti speciali o esclusivi (art. 141, comma 2)

Tale norma stabilisce che i citati enti siano tenuti ad applicare le disposizioni del Libro III solo per i contratti funzionalmente strumentali alle attività previste negli articoli da 146 a 152.

In realtà, sarebbe preferibile sostituire nel comma 2 la parola “*Libro*” con “*Codice*”, allo scopo di non vanificare la cura dedicata dal legislatore nell’individuare le disposizioni dei Libri diversi dal Terzo, applicabili alle imprese pubbliche e ai titolari di diritti speciali o esclusivi.

11. Affidamenti dei concessionari privati (art. 186)

A proposito di questa disposizione, si formulano poi le seguenti osservazioni.

In primo luogo, il comma 2 andrebbe integrato inserendo dopo le parole “*...dell’epoca di assegnazione della concessione...*” le seguenti parole: “*e del relativo contesto normativo...*”, atteso che la concessione di servizi è stata introdotta nel nostro ordinamento con la Direttiva 2014/25, mentre la concessione di lavori risale alla Direttiva 89/440.

Il riferimento al relativo contesto normativo va inserito anche alla fine del comma 3, dopo la parola “*investimenti*”.

Di conseguenza, appare corretto che gli affidatari di concessioni di servizi assoggettati alle disposizioni contenute nei commi 2, 3, 4 e 5, siano soltanto quelli che hanno ottenuto la relativa concessione in violazione del vigente Codice 50, essendo questa la normativa che, per la prima volta, in

adempimento delle prescrizioni della Direttiva 2014/25, ha imposto l'assoggettamento dell'affidamento delle concessioni di servizi al rispetto del confronto concorrenziale.

Per quanto riguarda, invece, le concessioni di lavori, il legislatore, nel secondo comma dell'art. 186, vuole realizzare a valle quella concorrenza che non era stata assicurata a monte. Per stabilire se il 50/60% sia una soluzione equa, occorre individuare una data-spartiacque, la quale non può che essere il 1989, anno in cui fu pubblicata la Direttiva 89/440, che per la prima volta introdusse nell'ordinamento un regime concorrenziale nell'affidamento delle concessioni di soli lavori. La citata Direttiva fissò anch'essa dei limiti tra quello che poteva essere eseguito in proprio, o comunque liberamente senza vincoli di evidenza pubblica, e quello che invece doveva essere messo sul mercato concorrenziale. La soluzione di imporre al concessionario di esternalizzare una quota compresa tra il 50% e il 60%, confrontata con quella della Direttiva 440, non appare equa se si considera tra l'altro che nella Direttiva le forniture e i servizi non erano assoggettati al vincolo; conformemente alla natura del rapporto contrattuale che legava il concessionario con i suoi appaltatori, vale a dire il subappalto.

Occorre modulare il valore di esternalizzazione ad una misura variabile tra il 40% e il 60%, da determinarsi nel caso concreto anche in ragione delle specificità del singolo rapporto concessorio, del volume del piano di investimenti e della loro strategicità per il sistema-Paese, oltre che, della libertà di iniziativa economica. E ciò, lasciando nella sfera organizzativa dell'imprenditore/concessionario ogni più ampia decisione in ordine alle modalità di realizzazione degli investimenti che non dovessero ricadere nell'ambito di tali quote obbligatorie.

12. PPP - Privilegio sui crediti e ulteriori garanzie (art. 199)

La nuova norma introduce nel vigente assetto della materia (art. 199, comma 2) una modifica che rischia di vanificare importanti operazioni di partenariato pubblico-privato, in quanto stabilisce (art. 199) che la mancata adozione della forma scritta, nel rilascio del privilegio costituito a favore del finanziatore sui crediti del concessionario, comporta la nullità del contratto di finanziamento. Si tratta di un effetto sproporzionato, ma soprattutto irreversibile, in quanto prescinde dalla possibilità di rimediare ad un errore, comunque, molto remoto: affermando la nullità del contratto di finanziamento, si finisce per annullare tutta l'operazione.

Si ritiene pertanto che la norma debba rimanere identica a quella che risulta dall'art. 168 del vigente Codice 50.

13. Collegio consultivo tecnico - CCT - (art. 215 e ss.)

Si tratta di un istituto introdotto nel nostro ordinamento proprio dal Codice 50/2016, che, nel 2020, è stato profondamente modificato dagli artt. 5 e 6 del decreto-legge n. 76.

Il nuovo Codice ne ha ulteriormente modificato l'impianto, emendandolo in maniera rilevante.

In merito al nuovo testo, si formulano le seguenti osservazioni.

A) Quanto alla disposizione che subordina l'obbligatorietà della costituzione del CCT fin dall'inizio, addirittura a prima della consegna dei lavori, il correttivo aggiunto subordina la costituzione stessa alla richiesta di una delle

parti. Si tratta di un miglioramento rispetto al testo vigente, ma occorre un altro coerente passo avanti, introducendo la necessità dell'insorgenza in atto di un problema che incide sulla continuità realizzativa.

In funzione di questo, il cerchio può essere chiuso sopprimendo le prime parole dell'art. 215 (*"Per prevenire le controversie o..."*). In questo modo, il ricorso al collegio consultivo non viene più collegato ad una situazione che teoricamente potrebbe anche non verificarsi, com'è nell'attuale normativa.

Inoltre, si propone di uniformare la formulazione delle norme dedicate ai rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, estendendo anche al collegio consultivo tecnico l'ambito dei lavori pubblici di cui al Libro II, presente nell'art. 210 relativo all'accordo bonario.

B) L'altra innovazione che il nuovo Codice introduce nell'art. 215 è l'estensione della sua applicazione anche alle forniture e ai servizi di importo superiore ad un milione di euro.

Senonché, non si tiene conto del fatto, che molte tipologie di forniture sono delle vere e proprie compravendite, e che quindi la disciplina del CCT è difficilmente compatibile con questa tipologia contrattuale.

Non meno problematica è la sua applicabilità alle altre tipologie di forniture (si pensi all'acquisto di una certa tipologia di automobili; alla locazione o all'acquisto a riscatto di prodotti, tanto per limitarsi a indicazioni contenute nell'art. 14).

In ogni caso, la gamma di forniture è tale che l'incompatibilità della nuova disposizione emergerà certamente all'atto pratico, creando problemi non facilmente risolvibili.

Per quanto riguarda i servizi, la loro esecuzione è profondamente diversa dall'esecuzione di lavori; si pensi soltanto ai servizi menzionati nell'art. 14 (servizi assicurativi; servizi bancari; servizi di committenza; servizi di progettazione). Anche in questo caso, la tipologia di servizi, essendo molto estesa, difficilmente è elencabile in modo completo.

Il fatto è, che le forniture e i servizi non sono assimilabili ai lavori perché, ontologicamente, l'esecuzione dei lavori si sviluppa secondo modelli che sono diversi tra loro soltanto quantitativamente, ma, poi, si svolgono tutti secondo uno schema che non cambia a seconda dell'opera.

In definitiva, si tratta di una innovazione che, basandosi su una poco meditata assimilazione degli appalti di forniture e servizi a quelli di lavori, rischia, all'atto pratico, di creare più problemi di difficile gestione.