



**ATTO DEL GOVERNO  
SOTTOPOSTO A PARERE PARLAMENTARE  
N° 19**

**SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE CODICE DEI  
CONTRATTI PUBBLICI**

**ARPINGE SPA  
VALUTAZIONI E PROPOSTE  
(3/2/2023)**

Desideriamo innanzitutto esprimere il nostro vivo apprezzamento per l'impostazione generale del nuovo codice dei contratti pubblici nella versione trasmessa dal Governo alle Commissioni parlamentari competenti.

In particolare, l'inserimento di principi generali nei primi tre articoli del nuovo codice costituisce un elemento di chiarezza ed arricchimento sostanziale del nuovo corpo normativo in materia.

Abbiamo inoltre molto apprezzato la scelta – coerente con l'impostazione delle Direttive dell'UE e l'evoluzione dei mercati finanziari – di aver inquadrato la disciplina del Libro IV “Delle concessioni e del partenariato pubblico-privato” come una normativa autonoma ed autosufficiente rispetto al nuovo codice nel suo complesso, superando la visione meramente appaltistica nella quale si perdeva la ricchezza specifica e la diversità dell'istituto della concessione e della natura del concessionario. Condividiamo l'impostazione complessiva della disciplina inserita nel Libro IV.

Riteniamo comunque utile soffermarci su alcuni aspetti specifici che a nostro avviso non sono in linea con il quadro generale europeo; con il quadro costituzionale nazionale e, soprattutto, con gli interessi generali del Paese.

**Arpinge S.p.A.**

Via Crescenzo, 16 - 00193 Roma

tel. +39 06 97605434 - fax +39 06 92943374 - Partita IVA e Codice Fiscale: 12539251004

Capitale sociale: sottoscritto ed interamente versato euro 90.000.000

www.arpinge.it – [arpinge@pec.it](mailto:arpinge@pec.it) – [arpinge@arpinge.it](mailto:arpinge@arpinge.it)

Il principale aspetto critico è a nostro giudizio ravvisabile nell'art. 186 del nuovo Codice, che tratta gli affidamenti dei concessionari e che eredita le scorie dell'attuale articolo 177 – dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale – riproponendo tutte le contraddizioni che hanno portato alla mancata attuazione dell'art.177 e alla sua censura da parte del sommo giudice nazionale.

Nel ribadire che ha destato perplessità al riguardo il reinserimento in sede parlamentare dei principi dell'art.177 nel Decreto di legge delega, peraltro con una ponderazione che non coglie appieno le indicazioni della Corte Costituzionale, si tratta ora di evitare la riproposizione degli stessi principi già bocciati dall'esperienza passata. In particolare, è bene tenere a mente che la riproposizione dei principi dell'art. 177 costituisce comunque una “addizionalità” ridondante nazionale rispetto al quadro regolamentare europeo, sulla quale chiaramente si è espressa **la Corte Costituzionale laddove ha sottolineato come in definitiva, la disamina dell'evoluzione normativa a livello europeo restituisce l'immagine di una disciplina “piuttosto stabile nell'escludere un radicale obbligo di affidamento a terzi. Finanche per le concessioni già assentite, rinnovate o prorogate”.**

Al riguardo il tentativo di ricondurre in termini accettabili un principio che non rispetta evidentemente il principio di *Gold Plating* e, addirittura, si muove in contrasto con la disciplina europea, appare discutibile. Soprattutto per la mancata capacità di distinzione tra i lavori da una parte e i servizi e le forniture dall'altra (ovvero categorie concettuali ampie e talmente differenziate da non poter essere omologate).

Al comma 2 del citato articolo 186, che tratta il caso di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del nuovo codice, appare opportuna l'esclusione dall'applicazione della norma per le concessioni affidate conformemente al diritto dell'Unione Europea al momento dell'affidamento o della proroga.

Questa disposizione sana un'anomalia prevista dal precedente codice che penalizzava impropriamente e retroattivamente – peraltro senza alcun ristoro – le concessioni legittimamente affidate secondo le regole vigenti al momento dell'affidamento.

Resta comunque incerto e vischioso il percorso per la classificazione delle concessioni in essere che sono state affidate secondo le regole nazionali e in conformità ai principi del diritto europeo al momento dell'affidamento.

Quale procedura deve essere seguita per definire le concessioni alle quali non deve essere applicato l'art. 186? È necessario che la norma definisca il percorso decisionale in modo che non si crei né ritardo, né incertezza, con ulteriori oneri e complessità – invece che le dichiarate semplificazioni – a carico degli operatori economici?

Rimane comunque la forte perplessità sull'impostazione complessiva della norma, non prevista nella Direttiva Europea sulle concessioni, che richiama l'impostazione dell'art. 177 del precedente codice, ritenuto illegittimo dalla pronuncia n° 218 del 2021 della Corte Costituzionale tramite una sentenza che va inevitabilmente considerata come un unicum inscindibile e non sezionata secondo convenienza.

Tale giudizio si ritrova peraltro nelle osservazioni di molte autorevoli associazioni di categoria e persino autorità nonché – da ultimo – nelle considerazioni della Conferenza Unificata delle Regioni del 26 gennaio scorso che chiaramente sottolineano come il contenuto dei commi 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 186 appare analogo a quello dell'art. 177 del D.Lgs 50/2016 dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale.

Sarebbe pertanto opportuno ripensare a livello di legge delega questo aspetto per evitare la paralisi del mercato come è avvenuto in passato, visto che l'art. 177 del precedente codice non è mai entrato in vigore e nel 2021 è stato ritenuto illegittimo dalla Corte Costituzionale.

In tale prospettiva sarebbe logico ed opportuno lasciare la regolazione della fattispecie alla disciplina europea senza ridondanze e anomalie nazionali.

In subordine, sarebbe opportuno escludere esplicitamente dal dispositivo i servizi e le forniture, legate strettamente al funzionamento operativo della concessione.

In assenza di revisione del Disegno di Legge delega, infatti appare comunque opportuno differenziare radicalmente l'applicazione del principio di obbligo di affidamento a terzi per i lavori, per i quali detto principio risulta più facilmente applicabile, e per i servizi e forniture, per i quali invece non risulta applicabile senza incorrere in infinite e controverse necessità di bilanciamento anche costituzionale.

In tale prospettiva appare discutibile anche quanto contenuto al comma 3 dell'articolo 186 laddove è stato previsto che, nel caso di servizi indivisibili, in alternativa all'esternalizzazione di quota parte dei servizi (evidentemente impossibile) si debba pagare una "compensazione" all'ente concedente di una quota degli utili previsti nel piano economico-finanziario del concessionario. La ratio di tale articolo risulta davvero incomprensibile poiché va a penalizzare economicamente chi, non per sua colpa, non può applicare una norma (peraltro discutibile) di legge avendone un beneficio che non può essere considerato "extra" in quanto connaturato nella stessa attività in oggetto. In definitiva, sebbene la soluzione a nostro giudizio più logica sarebbe quella di **rimuovere l'art. 186 dal nuovo codice dei contratti pubblici (anche rivedendo la norma originaria del decreto di legge delega), appare in subordine accoglibile un depotenziamento sostanziale del principio rispetto a servizi e forniture, nell'ambito del quale prevedere anche l'esclusione dall'applicazione dell'art. 186 dei servizi indivisibili senza alcuna penalizzazione dato che, proprio perché tali, non possono essere per loro natura suddivisi.**

**PROPOSTA DI EMENDAMENTO**

***All'articolo 186, comma 2, nel primo periodo, dopo le parole "contratti di lavori" le parole "servizi e forniture" sono soppresse.***

***Il comma 3 è soppresso.***

***In subordine, e fermo restando il testo licenziato dal CdS e dal Governo, la seguente proposta di emendamento:***

***"all'articolo 186, comma 3, dopo le parole "dedotte in concessione" sopprimere tutte le parole fino alla fine del periodo. Dopo le parole "dedotte in concessione" aggiungere le parole "tali servizi sono esclusi dall'applicazione del presente articolo".***

Riteniamo, infine, particolarmente innovativo e più in linea con la Direttiva Europea in tema di concessioni, l'art. 193 che tratta le procedure di affidamento nell'ambito della Finanza di progetto.

Si prevede che investitori istituzionali, individuati secondo una specifica normativa indicata nel nuovo testo, possano formulare proposte salvo la necessità nella successiva gara per l'affidamento dei lavori e dei servizi di:

- associarsi o consorzarsi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi investitori istituzionali ne siano privi.
- soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti.
- altresì impegnarsi a subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione ad imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando.



Nella nuova normativa si prevedono, pertanto, più alternative per gli investitori istituzionali che non abbiano i requisiti tecnici della costruzione poiché nell'ambito di una concessione di costruzione e gestione, il requisito che conta è di natura patrimoniale e imprenditoriale. E' la soluzione pertanto più opportuna per allineare la nuova normativa alle Direttive Europee e al recepimento delle stesse da parte dei principali paesi europei.

Vi è però una differenza tra l'ordinamento adottato dagli altri paesi europei e la nuova normativa proposta. In Europa si prevede che in fase di gara l'investitore istituzionale possa presentare un contratto preliminare d'appalto con un'impresa appaltatrice in possesso dei requisiti tecnici previsti dal bando. Nella proposta del nuovo codice si prevede, invece, un subappalto, anche integrale, per la realizzazione delle opere previste nella concessione.

Di fatto, da un punto di vista operativo vi sono differenze sostanziali, poiché vi è una interferenza normativa nel rapporto commerciale tra investitore e appaltatore dei lavori.

**Pertanto, pur valutando positivamente quanto previsto dall'art. 193 sulle procedure di affidamento, ripreso opportunamente nell'art. 198 per tutti i contratti di partenariato pubblico-privato, come investitori istituzionali e promotori puri proponiamo che ci sia un richiamo esplicito alla possibilità di affidamento privatistica dei lavori ad imprese aventi requisiti tecnici che possono essere, in principio, previsti nel bando o nella proposta di concessione.**