

Il nuovo Codice dei contratti pubblici

1

La genesi

Nel nostro ordinamento, il quadro normativo in materia di contratti pubblici è sempre stato frastagliato e complesso, in quanto caratterizzato da una molteplicità di disposizioni, non sempre coordinate tra loro.

La graduale formazione di un sistema più o meno organico di norme è stata realizzata sulla spinta riformatrice delle normative europee, poi recepite a livello nazionale, fondate sull'*importanza strategica* degli contratti per lo sviluppo delle economie nazionali e dell'Europa tutta.

Il testo normativo di riferimento in materia è stato per lungo tempo rappresentato dal **D.Lgs. 12-4-2006, n. 163**, recante il **Codice dei contratti pubblici**, al quale ha fatto seguito il **D.P.R. 5-10-2010, n. 207**, recante il **Regolamento di esecuzione e di attuazione del Codice**.

La storia del testo e delle numerose modifiche apportate nel tempo è "cosa nota".

Se il *corpus* normativo del 2006 era stato occasionato dalla necessità di recepire, nel nostro ordinamento, le **direttive CE nn. 17 e 18 del 31-3-2004**, relative, rispettivamente, agli appalti e alle concessioni di lavori, servizi e forniture nei «**settori speciali**» e nei «**settori ordinari**», anche successivamente alla sua approvazione, il legislatore è intervenuto con numerose novelle volte sia a perfezionare la disciplina di base e/o adeguarla ad "altre" norme europee intervenute, e sia per realizzare interventi mirati a soddisfare peculiari esigenze (attraverso una copiosa normativa extracodicistica).

Ed invero, da un lato, la successiva **direttiva n. 2007/66/CE**, tesa al miglioramento dell'efficacia

delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, ha condotto all'importante riforma, innestata sul testo del Codice, operata con il **D.Lgs. 53/2010**; dall'altro lato, il legislatore ha approntato copiosi interventi normativi che rispondevano ai "diktat" della *trasparenza* e della *lotta alla corruzione*, imposti dalla necessità di arginare i rilevanti fenomeni corruttivi nelle commesse pubbliche (si pensi, alla L. 190/2012 e al D.Lgs. 33/2013; nonché al D.L. 90/2014 conv. in L. 114/2014 e alla L. 69/2015).

Un totale "stravolgimento" del quadro normativo di riferimento è stato realizzato con la **L. 28-1-2016, n. 11**, con la quale il legislatore ha delegato il Governo sia a recepire le nuove direttive europee intervenute in materia — la **n. 2014/24/UE**, sugli appalti pubblici; la **n. 2014/25/UE**, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e servizi postali; la **n. 2014/23/UE**, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione — che a procedere ad un riordino complessivo della disciplina vigente.

In attuazione della delega è stato approvato il **D.Lgs. 18-4-2016, n. 50**, recante il nuovo **Codice degli appalti e delle concessioni** (anche detto **Codice dei contratti pubblici**).

Come detto, il testo di riforma attua un progetto di più ampio respiro rispetto al mero recepimento delle direttive: il legislatore, infatti, ha voluto porre un rimedio alle numerose criticità che erano emerse dall'applicazione del "vecchio" D.Lgs. 163/2006 e, nel contempo, razionalizzare una materia caratterizzata da un "groviglio normativo" originato dalla disordinata e incessante sequenza di modifiche introdotte nel decennio 2006-2016.

La struttura del Codice

Il D.Lgs. 50/2016 si compone di 220 articoli e 25 Allegati; si snoda in sei Parti, strutturate in Titoli e Capi, articolate nel seguente modo:

PARTE	INTESTAZIONE	CONTENUTO
Parte I (artt. 1-34)	Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni	Sono comprese le disposizioni preliminari ad una procedura, da quando cioè l'amministrazione deve valutare se ed in che termini la disciplina del Codice si applica o meno (l'oggetto e l'ambito di applicazione, le definizioni e il riparto di competenze, gli ambiti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice e la relativa disciplina), la fase di programmazione, pianificazione e progettazione di un appalto, le modalità di affidamento, con specifico riferimento ai principi comuni applicabili a qualunque tipologia di affidamento, al RUP, alle fasi della procedura e ai controlli sugli atti fino alla previsione di criteri di sostenibilità energetica ed ambientale.
Parte II (artt. 35-165)	Contratti di appalto per lavori, servizi e forniture	Comprende tutta la disciplina applicabile alle diverse tipologie contrattuali, partendo dal momento iniziale della verifica della soglia comunitaria e della qualificazione della stazione appaltante fino alle modalità di affidamento e di scelta del contraente e alla fase dell'esecuzione, della verifica e del collaudo. In particolare, poi, mentre il Titolo II e ss. sono dedicati agli appalti nei settori ordinari, il Titolo VI è dedicato agli <i>specifici regimi di appalto</i> a partire dagli appalti nei settori speciali e in taluni settori specifici (servizi sociali, beni culturali, difesa e sicurezza).
Parte III (artt. 164-178)	Contratti di concessione	Contiene la disciplina specifica delle concessioni: i principi generali, le garanzie procedurali e l'esecuzione.
Parte IV (artt. 179-199)	Partenariato pubblico-privato e contraente generale	Premessa l'individuazione della disciplina comune, tale Parte si compone di tre Titoli, ognuno con la disciplina di dettaglio: il primo dedicato al partenariato pubblico-privato; il secondo agli affidamenti in house; il terzo al contraente generale.
Parte V (artt. 200-203)	Infrastrutture e insediamenti prioritari	Tali disposizioni dettano le regole per la loro "gestione", dalla pianificazione e programmazione — attraverso il Piano generale dei trasporti e della logistica e i documenti pluriennali di pianificazione — agli strumenti di finanziamento delle risorse e alle procedure di monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese al fine di prevenire e reprimere i tentativi di infiltrazione mafiosa.
Parte VI (artt. 204-220)	Disposizioni finali e transitorie	I primi due Titoli sono dedicati, rispettivamente: al contenzioso , con specifico riferimento ai <i>ricorsi giurisdizionali</i> (viene ribadita la giurisdizione del giudice amministrativo e disposto un rinvio alla disciplina processualistica del Codice del processo amministrativo, art. 120 c.p.a., modificato con la previsione di un nuovo rito abbreviato per determinate ipotesi impugnatorie) e alla disciplina dei <i>rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale</i> (accordo bonario, per lavori, servizi e forniture, collegio consultivo tecnico, transazione, arbitrato e pareri di precontenzioso dell'A.N.AC.); alla Governance , con disposizioni disciplinanti l'Autorità nazionale anticorruzione, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e il Consiglio superiore dei lavori pubblici. Seguono le norme di chiusura e gli Allegati.

Novità e criticità del Codice: prime riflessioni

Come si legge nella Relazione illustrativa al nuovo Codice, il testo si ispira a criteri di **semplificazione, snellimento, drastica riduzione e razionalizzazione delle norme** vigenti in materia, nel rispetto del *divieto di gold plating*, ossia di introdurre o mantenere livelli di regolazione nazionali superiori a quelli minimi richiesti dalle nuove direttive europee.

Di certo la novità più evidente è quella di aver optato per un *sistema flessibile di regolazione della materia* (cosiddetta, *soft regulation*).

Rispetto al passato, il nuovo sistema normativo poggia anch'esso su due pilastri, ma la fase attuativa non è più disciplinata da norme predeterminate *a priori* e raccolte e cristallizzate in un unico testo. Ed invero abbiamo: il **Codice dei contratti pubblici**, di cui al detto D.Lgs. 50/2016 (che sostituisce il precedente Codice), e gli **atti esecutivi**, ovvero gli *atti attuativi di indirizzo* (da adottarsi con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione – A.N.A.C. – e previo parere delle competenti commissioni parlamentari) e le *Linee-guida dell'A.N.A.C.*

Altro profilo innovativo è rappresentato dalla previsione di una **disciplina organica della concessione**, di lavori, servizi e forniture, ponendo l'accento sulla caratteristica propria dell'istituto, rappresentata dal *rischio operativo* gravante sul concessionario in caso di mancato ritorno economico dell'investimento effettuato.

Si rilevano, inoltre, le seguenti **peculiarità** del testo:

- *il sistema di centralizzazione e la qualificazione delle amministrazioni che vogliono operare come stazioni appaltanti*, al chiaro intento di ridurre il loro numero;
- *la scomparsa delle procedure in economia* e il riferimento all'affidamento diretto e all'amministrazione diretta;
- *la garanzia della parità di accesso* alle procedure concorsuali di tutti gli operatori economici dell'Unione europea e con particolare riguardo alle microimprese e alle piccole e medie imprese;
- *la maggiore attenzione a profili sociali legati ai contratti pubblici*, come la tutela dell'ambiente e la previsione di clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato nell'esecuzione dei contratti;
- *la riduzione del contenzioso*, attraverso la previsione di un *nuovo rito abbreviato*, in camera di consiglio, per decidere dell'impugnazione dei provvedimenti di esclusione e delle ammissioni alla procedura all'esito della valutazione del pos-

sesso dei requisiti i partecipazione, nonché la disciplina dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale.

Il nuovo Codice dei contratti, come tutti i provvedimenti normativi, necessita di un *periodo di rodaggio*, per poter comprendere l'effettiva portata delle disposizioni introdotte e le eventuali correzioni che eventualmente si renderanno necessarie, anche alla luce dei primi orientamenti giurisprudenziali.

Qualunque valutazione sul D.Lgs. 50/2016, che voglia essere non approssimativa, dovrà, quindi, tener conto di tale circostanza.

Indubbiamente, però, dal testo si evincono delle prime **criticità**, che sono state evidenziate da più parti e che giustificheranno il ricorso all'attività correttiva. Senza voler entrare nel merito di ogni singola disposizione, in linea generale si rileva che il riferimento, tanto enfatizzato, ad un Codice "snello" il quale, in attuazione del **principio di semplificazione**, si presenta composto di "soli" 220 articoli, in luogo dei 630 (oltre gli allegati) che componevano il sistema normativo precedente (D.Lgs. 163/2006 e D.P.R. 207/2010), lascia quanto meno perplessi in quanto non considera i numerosi atti esecutivi, la cui "mole" non può essere valutata *a priori*.

Andando oltre il semplice fattore numerico, il Codice, forse proprio per la sua "sinteticità" pecca in linearità ed organicità. Anche dalla sola lettura del testo non si può non condividere quell'opinione che lo considera di "non agevole lettura e complessivamente troppo compresso dal punto di vista sistematico", per cui, "nella ricerca della disciplina applicabile alle varie fattispecie, l'interprete è spesso chiamato, infatti, a "saltellare" fra le varie norme che si richiamano (talvolta reciprocamente) o che rinviano a norme successive introducendo deroghe a quelle più generali" (MODICA DE MOHAC).

Non senza considerare che lo stesso Consiglio di Stato, con il **parere n. 855/2016**, reso sullo schema di decreto, aveva evidenziato che "Il testo del codice risente dei tempi ristretti, e presenta pertanto inevitabili incoerenze sistematiche, refusi, disposizioni non ben coordinate, imprecisioni lessicali e di recepimento, essendo mancata, verosimilmente, una pausa di ponderazione e rilettura complessiva dell'articolato".

I principi-chiave del Codice

Oltre al principio di semplificazione legislativa, del quale si dirà, il D.Lgs. 50/2016 traduce in norme altri principi che rispondono all'esigenza di "coniuga-

re apertura del mercato, flessibilità e semplificazione burocratica con la tutela dei valori di trasparenza e lotta alla corruzione e criminalità organizzata”.

In particolare, tra gli altri, si richiamano:

- il **principio di trasparenza**. Oltre alle previsioni esplicite di cui agli artt. 22 e 29 (sui quali si tornerà successivamente), e quelle in cui è richiamato come principio guida per l'affidamento dei contratti (sia di quelli esclusi e sia per gli appalti e le concessioni), tale principio rappresenta la *ratio* di molte altre disposizioni come quella sull'istituzione dell'Albo dei commissari di gara presso l'A.N.AC. e la previsione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici nella quale confluiscono tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale.

Altre norme sembrano, invece, essere *lacunose proprio sotto il profilo della trasparenza*. Si pensi, ad esempio, all'**art. 4**, che individua i principi generali applicabili per l'affidamento dei contratti esclusi, ove, rispetto alla previsione contenuta nel precedente D.Lgs. 163/2006, è scomparso il richiamo alla circostanza per cui “L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto”.

Ed ancora, si consideri la disciplina dei contratti sotto soglia di cui all'**art. 36** del Codice, ove per i lavori di importo (considerato elevato) fino a 1.000.000 di euro è ammesso il ricorso alla procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando **[1]**, con il solo correttivo della consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti;

- il **principio di legalità**. Il legislatore del Codice ha ripreso quel percorso verso la legalità iniziato, con disciplina settoriali, per fronteggiare il fenomeno sempre crescente della corruzione nelle commesse pubbliche. E così nel testo si ha un *rafforzamento delle misure anticorruzione*, con l'attribuzione all'A.N.AC. di un ruolo fondamentale nella gestione dell'intero sistema contrattualistico. Nell'ottica di tale principio si devono leggere alcune norme del Codice. Ad esempio, il riferimento al *criterio di rotazione*, tra l'altro previsto per l'affidamento dei contratti esclusi e in caso di procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando, che consente di evitare l'instaurarsi di rapporti stabili ed esclusivi tra amministrazione e operatore economico; oppure la *certificazione delle imprese*, mediante l'attribuzione del rating di legalità;

- il **principio di digitalizzazione e informatizzazione**. In tale prospettiva si pone, ad esempio, l'**art. 52** del Codice, il quale stabilisce, salvo eccezioni, che *tutte* le comunicazioni e gli scambi di informazioni sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici, anche in conformità al Codice dell'Amministrazione digitale. Dello stesso tenore è l'**art. 40** del Codice, il quale prescrive che per le procedure svolte da centrali di committenza vengano adoperati mezzi di comunicazione elettronici conformemente al Codice dell'Amministrazione digitale. Ed ancora, si ricordano le disposizioni relative agli appalti elettronici e aggregati. Per quanto riguarda le procedure, l'**art. 44** del Codice rimette ad un decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, da adottarsi entro un anno dall'entrata in vigore del Codice, la definizione delle “*modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*”;

- il **principio della qualità**. Nella Relazione illustrativa si dice che una grande differenza rispetto al regime precedente è rappresentato dal fatto che il nuovo sistema è incentrato sulla qualità “*sia con riferimento alla progettazione sia relativamente alla metodologia di scelta del contraente, nonché per l'attenzione posta ai sistemi di qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici*”. Con particolare riferimento alla progettazione, è stato introdotto il *progetto di fattibilità*, tecnica ed economica, in luogo dello studio di fattibilità e del progetto preliminare, che deve individuare tra le possibili soluzioni quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività; e si segnala la previsione per cui a base di gara deve essere posto il progetto esecutivo.

Su un diverso versante, la qualità è garantita tramite il sistema di qualificazione, sia delle stazioni

[1] Nelle recenti linee-guida dell'A.N.AC. sulle “*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*”, in fase di consultazione pubblica on line ma di prossima adozione, si legge espressamente che “*Considerata l'ampiezza del limite di soglia fino a 1.000.000,00 euro e i rischi insiti (per definizione) nella possibilità di affidare tramite procedura negoziata una porzione ragguardevole dell'intero mercato degli appalti di lavori, appare tanto più necessaria l'individuazione di meccanismi idonei a garantire la trasparenza della procedura e la parità di trattamento degli operatori economici*”.

appaltanti che degli operatori economici che partecipano alle gare.

La semplificazione legislativa e l'attuazione del Codice mediante *soft law*

Si è accennato al fatto che, in un'ottica di semplificazione normativa, il vero momento di rottura con il passato è rappresentato dal fatto che l'attuazione delle norme codicistiche non è più rimessa ad un Regolamento, come era il D.P.R. 207/2010, ma ad un sistema di atti attuativi.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato, sempre nel parere 855/2016, nel Codice sono individuabili almeno una *cinquantina di atti attuativi*, tra decreti ministeriali, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e atti dell'A.N.AC.

Tale *modus operandi se*, da un lato, presenta il vantaggio di adattare, di volta, la "regola" da adottare alle fattispecie concrete che si possono verificare, dall'altro lato, comporta il rischio effettivo che si realizzi un sistema normativo caratterizzato da un eccesso di regolazione e da una frammentarietà di norme sparse in provvedimenti diversi.

Bisognerà vedere se questo nuovo sistema di regolazione sarà in grado di scongiurare l'affannosa "ricerca della norma" da parte di tutti operatori interessati alle gare pubbliche.

Nel merito di tali atti regolativi, si rileva che, prevalentemente, si tratta di *atti attuativi di indirizzo* (da adottarsi con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione e previo parere delle competenti commissioni parlamentari) e delle *Linee-guida dell'A.N.AC.*, che, in quanto a carattere generale, hanno la finalità di offrire indicazioni interpretative ed esecutive agli operatori del settore.

Il Consiglio di Stato, nel citato parere, si è soffermato sulla delicata questione della **natura giuridica** degli atti della cosiddetta *soft law*, affrontandola con riferimento alle diverse tipologie di Linee-guida, adottabili dall'A.N.AC., al fine di verificarne l'esatta collocazione nella gerarchia delle fonti.

Innanzitutto, viene rilevato che sia le linee-guida che i decreti ministeriali o interministeriali hanno "una chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità ed astrattezza delle disposizioni ivi previste".

Alla luce di tale considerazione, in particolare:

- i decreti ministeriali contenenti le linee-guida adottate su proposta dell'A.N.AC., e sottoposti a parere delle commissioni parlamentari,

sono veri e propri **regolamenti**, che seguiranno lo schema procedimentale disegnato dall'art. 17 della L. 400/1988;

- le *linee-guida non vincolanti* dell'A.N.AC. hanno un valore di indirizzo al fine di fornire un orientamento per i comportamenti delle stazioni appaltanti e degli operatori economici e sono riconducibili agli **ordinari atti amministrativi**;
- le *linee-guida a carattere vincolante* dell'A.N.AC. sono inquadrabili come **atti di regolazione di un'autorità indipendente**: essi, quindi, non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali, appunto "di regolazione", conformemente alla natura giuridica dell'A.N.AC., che "si configura a tutti gli effetti come un'autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione"

La regolamentazione legislativa della materia

L'**art. 2** del Codice detta le regole per il corretto riparto del potere legislativo fra lo Stato, le Regioni e le Province autonome in materia di contratti pubblici.

Rispetto al precedente D.Lgs. 163/2016, in cui era operata una specifica "qualificazione e ricognizione dei singoli ambiti disciplinati, riconducibili alla competenza legislativa statale esclusiva o alla competenza concorrente di Stato e Regioni", conformemente alla riforma del testo costituzionale *in itinere*, la norma del nuovo Codice riporta la regolazione dei confini legislativi all'**ambito costituzionale**.

La formulazione dell'articolo riprende testualmente il testo suggerito dal Consiglio di Stato nel citato parere consultivo sullo schema di decreto e dispone la regolamentazione della materia nei seguenti termini:

- le disposizioni contenute nel Codice sono espressione della **competenza legislativa esclusiva statale** in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto;
- le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'art. 117 Cost.;
- le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli Statuti e nelle relative norme di attuazione.

L'entrata in vigore e il regime transitorio

Il D.Lgs. 50/2016 è stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale - Serie Generale*, n. 91, del **19 aprile 2016**,