

Osservazioni di ANAC in relazione all' Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19:

"Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici"
(articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78)

Indice del documento

Premessa

Questioni di particolare rilievo

- | | |
|---|----|
| 1. Il ripristino dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house (articolo 23) | 4 |
| 2. La necessità di non depotenziare la disciplina del conflitto di interessi (articolo 16) | 8 |
| 3. Criticità degli affidamenti diretti, o con procedura negoziata senza bando, dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie (articolo 50) | 11 |
| 4. Soglia per la qualificazione delle stazioni appaltanti (articoli 62 e 63, allegato II.4.) | 13 |

Analisi di altri articoli dello schema

Articolo 11. Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti	17
Articolo 15. Responsabile unico del progetto (RUP)	18
Articolo 17. Fasi delle procedure di affidamento	19
Articolo 24. Fascicolo virtuale dell'operatore economico	19
Articolo 28. Trasparenza dei contratti pubblici	20
Articolo 31. Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti	22
Articolo 41. Livelli e contenuti della progettazione (allegato I.7)	24
Articolo 44. Appalto integrato	25
Articolo 49. Principio di rotazione degli affidamenti	27
Articolo 52. Controllo sul possesso dei requisiti	28
Articolo 54. Esclusione automatica delle offerte anomale	29
Articolo 56. Appalti esclusi nei settori ordinari	30
Articolo 58. Suddivisione in lotti	31
Articolo 59. Accordi quadro: necessità di circoscrivere l'applicazione dell'istituto	31
Articolo 60. Revisione prezzi	32
Articolo 91. Domande, documento di gara unico europeo, offerte	34
Articolo 94. Cause di esclusione automatica	34
Articolo 95. Cause di esclusione non automatica	36
Articolo 99. Verifica del possesso dei requisiti: il fascicolo virtuale dell'operatore economico	37
Articolo 100. Requisiti di ordine speciale e sistema di qualificazione	38
Articolo 109. Reputazione dell'impresa	41
Articolo 111. Avvisi relativi agli appalti aggiudicati	42
Articolo 119. Subappalto.	42
Articolo 120. Modifica dei contratti in corso di esecuzione	44

Articolo 140. Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile	46
Articolo 141. Appalto nei settori speciali: ambito e norme	47
Articolo 186. Affidamenti dei concessionari	47
Articolo 193. Finanza di progetto, procedura di affidamento	49
Articolo 222. Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)	51
Ex Articolo 223. Procedure sperimentali autorizzate dall'ANAC	54
Allegato I.1. Persone giuridiche di diritto pubblico o di diritto privato	55
Allegato I.6. Dibattito pubblico obbligatorio e finanza di progetto	55
Allegato II.3. Clausole standard dei bandi di gara a tutela di soggetti con disabilità o svantaggiati	56
Allegato II.14 Varianti in corso d'opera	57
Allegato riassuntivo degli emendamenti proposti in ordine numerico.	59

Premessa

Con il presente documento si formulano alcune osservazioni di ANAC sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici, elaborato in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, nell'intento di offrire un utile contributo alle valutazioni che le competenti Commissioni parlamentari sono chiamate ad esprimere.

Non vi è dubbio che la riforma del codice dei contratti pubblici rappresenti un fondamentale pilastro nel complesso disegno riformatore previsto dal PNRR, su cui si basa il corretto funzionamento di un settore cruciale e strategico per lo sviluppo del Paese.

Preme, quindi, esprimere fin da subito il convinto apprezzamento per il lavoro finora svolto da tutti gli organi istituzionali preposti, a partire dalla Commissione speciale nominata dal Consiglio di Stato, con cui ANAC ha proficuamente collaborato, condividendo l'elaborazione di molte parti dell'odierno testo.

Ma, proprio in ragione dell'importanza strategica del decreto legislativo e della complessità delle questioni in esso disciplinate, si ritiene opportuno indicare gli ulteriori margini di miglioramento che si possono conseguire attraverso alcune puntuali proposte di modifica.

È evidente, infatti, che la formulazione di una legge, anche se riordinata e semplificata in un unico testo codicistico, è un elemento necessario ma non sufficiente per una riforma di successo.

Occorrerà, infatti, accompagnare questo fondamentale processo di riforma, sia con riferimento ai tempi della sua implementazione, sia, soprattutto, garantendone la più efficace attuazione amministrativa.

Sotto il primo profilo, al fine di evitare rallentamenti nell'attività contrattuale in corso per l'attuazione degli investimenti previsti dal PNRR, si potrà valutare –previo necessario accordo con la Commissione europea– un possibile differimento dei termini di applicazione di alcune disposizioni.

Sotto il secondo profilo, ci si permette di evidenziare l'esigenza che, con separati provvedimenti, si provveda a fornire a tutti i soggetti pubblici coinvolti nell'attuazione della riforma, le necessarie risorse.

A titolo di esempio, si cita il fondamentale tema della qualificazione delle stazioni appaltanti (su cui si tornerà a breve): a prescindere dalle scelte che si faranno per delimitare l'ambito di applicazione dell'istituto, sarebbe auspicabile che venissero costituite, in tutto il territorio italiano, a livello regionale, provinciale o dei comuni capoluogo, degli specifici centri di competenze, prevedendo l'assunzione di giovani tecnici ed altri esperti, in grado di affiancare e supportare soprattutto i piccoli comuni nello svolgimento delle attività connesse all'applicazione del codice.

Le risorse investite per tali assunzioni sarebbero immediatamente ripagate dai notevoli risparmi che gli stessi sarebbero in grado di produrre e dalla maggiore rapidità di esecuzione delle opere e di acquisizione dei beni e servizi.

Sempre a titolo di esempio, si potrebbero valorizzare quei centri di competenza già istituiti a livello regionale, per compiti ormai superati grazie alla digitalizzazione dei processi, attribuendo agli stessi il compito di valorizzare l'esperienza acquisita, offrendo servizi di consulenza e accompagnamento alle piccole e medie imprese, per favorirne la partecipazione alle gare pubbliche e, di conseguenza, la loro crescita e migliore strutturazione, oltre che aumentando il grado di concorrenza complessiva del sistema.

Inoltre, proprio con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici, si deve evidenziare che, al fine di garantirne una reale efficacia, occorre rafforzare l'impianto complessivo, guardando contestualmente alle istanze di semplificazione, da un lato, e al sistema di vigilanza e monitoraggio dall'altro.

Se si condivide, infatti, il perseguimento della semplificazione delle procedure – ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni, rimuovendo ove possibile le pratiche di *gold plating* e attuando una concreta e completa digitalizzazione delle procedure ed interoperabilità delle piattaforme – occorre sempre coniugare semplificazione con trasparenza e monitoraggio, cogliendo la sfida del PNRR come strumento per cambiare la pubblica amministrazione e per creare la cultura della buona amministrazione.

L'Autorità, quindi, si è fatta promotrice della semplificazione procedurale prevista dal nuovo testo, in coerenza con gli obiettivi espressi nel PNRR, soprattutto attraverso la trasformazione digitale dell'intero ciclo di vita dei contratti, di cui ANAC è attore principale in concerto con tutti gli altri *stakeholders*, le amministrazioni e gli enti aggiudicatori, gli operatori economici.

Ma siamo tenuti a raccogliere la sfida per cui la velocità deve andarci di pari passo con la legalità, la trasparenza e le pari opportunità nell'ambito di un mercato concorrenziale sgombro da privilegi e zone d'ombra: l'esperienza nel settore dimostra, invece, che il rafforzamento delle attività di prevenzione della corruzione e di consolidamento dei presidi di vigilanza e monitoraggio contribuisce a creare regole chiare e certe che concorrono alla crescita e allo sviluppo del Paese.

Auspiciando, in tale prospettiva, che prevalga questo spirito nel percorso legislativo che porterà all'approvazione del nuovo codice, si sottopongono alla Commissione, innanzitutto le principali questioni giudicate di primario rilievo, passando poi all'analisi sistematica di disposizioni più puntuali, sebbene non meno importanti.

Questioni di particolare rilievo

1. Il ripristino dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house.

ANAC plaude all'espressa introduzione, nella parte dedicata ai "Principi generali", del principio di auto-organizzazione amministrativa, riportato nell'articolo 7, che prevede, tra le varie modalità organizzative che le pubbliche amministrazioni possono adottare per l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi, anche l'affidamento diretto a società cosiddette *in house*.

Quest'ultima modalità di affidamento, ovvero l'affidamento a società *in house*, è pacificamente ammessa dalla normativa eurolunitaria, ma poiché costituisce una netta sottrazione del contratto al mercato, il diritto dell'Unione, come elaborato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha determinato le precise condizioni che ne consentono l'attuazione, al fine di evitare l'inefficienza del mercato e la distorsione della concorrenza¹.

Ebbene, il codice attualmente in vigore² prevede un fondamentale strumento propedeutico al corretto espletamento degli affidamenti *in house*, ovvero l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti

¹ Dall'articolato del codice risulta eliminata la definizione delle suddette condizioni caratterizzanti dell'istituto dell'*in house*, già contenute nell'articolo 5 del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50, limitandosi l'articolo 7 dello schema ad un mero rinvio alla normativa eurolunitaria contenuto nell'allegato I ("Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti"), articolo 3, comma 1, lett. e).

² Cfr. articolo 192 (Regime speciale degli affidamenti *in house*) del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50.

aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, gestito da ANAC.

La presentazione della domanda da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e la relativa iscrizione nel suddetto elenco presenta l'evidente vantaggio di verificare a priori la sussistenza dei requisiti richiesti dalla normativa eurounitaria per l'affidamento diretto, senza in alcun modo interferire rispetto alla decisione dell'ente di procedere con tale affidamento.

Giova evidenziare che, nella maggior parte dei casi, le amministrazioni aggiudicatrici hanno apprezzato l'ausilio dell'Autorità, che ha conferito loro sicurezza e certezza in merito agli affidamenti compiuti, ben comprendendo che la carenza dei necessari presupposti incide strutturalmente sulla natura giuridica della società partecipata e rende inevitabilmente illegittimi gli affidamenti attuali e futuri.

Infatti, in oltre 5 anni di gestione dell'elenco, ANAC ha potuto constatare che, in circa i due terzi dei casi trattati, i requisiti dell'*in house* erano carenti e i soggetti esaminati erano spesso sostanzialmente equiparabili ad imprese liberamente operanti nel mercato, che godevano di affidamenti diretti di contratti pubblici, ottenuti senza gara, in assenza dei necessari presupposti.

È evidente il rischio a cui, in assenza delle necessarie condizioni, si trovano esposti gli enti aggiudicatari, laddove vengano coinvolti – a ragione – da imprese concorrenti in contenziosi giurisdizionali volti all'applicazione della corretta normativa ed all'annullamento degli affidamenti illegittimi.

Secondo la Relazione di accompagnamento allo schema del codice, le ragioni alla base della soppressione dell'elenco sarebbero da ricondurre a esigenze di semplificazione, che vorrebbero l'eliminazione di un "titolo abilitativo" che risulterebbe *"... sproporzionato rispetto alle funzioni di vigilanza e alle esigenze di trasparenza degli affidamenti."*

Alla luce di quanto sopra, si comprende quale siano gli eventi che inficiano la celere ed efficace esecuzione dei contratti pubblici, non riconducibili all'attività di verifica sistematica esercitata da ANAC, con una certa celerità, derivante dalla consolidata esperienza.

A valle dell'attività istruttoria, qualora l'Autorità rilevi la carenza di uno o più requisiti si attiva un procedimento di interlocuzione con l'ente che, nella quasi totalità dei casi, induce l'amministrazione richiedente ad adeguarsi ai rilievi dell'ANAC. Sul punto si rappresenta inoltre che, nel 2% dei casi nei quali l'Autorità si è poi vista costretta a negare l'iscrizione, i successivi provvedimenti di diniego non sono stati quasi mai impugnati e, nei residui casi, si registra ad oggi l'assenza di qualsivoglia soccombenza in giudizio.

Tutto ciò ha avuto una indubbia ricaduta positiva, sia sull'azione amministrativa che sul contenzioso, anche erariale, in termini di responsabilità degli amministratori.

Questa radicale modifica di impostazione della disciplina sull'*in house providing* non trova, tra l'altro, alcun riferimento nella legge 21 giugno 2022, n. 78 (*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*), che prevede soltanto il criterio generale del *"perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee"* (articolo 2, comma 1, lettera a).

Al contrario, l'abrogazione della competenza di ANAC in relazione all'istituto dell'elenco c.d. *in house* sembra in contrasto con la legge delega laddove all'articolo 2, comma 1, lett. b), richiede la revisione delle competenze dell'Autorità *"al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti"*.

L'impostazione della disciplina italiana contenuta nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è stata, peraltro, già oggetto di valutazione e approvazione proprio dalla Corte di Giustizia Europea, che - esprimendosi sulle questioni pregiudiziali rimesse dal Consiglio di Stato sulla coerenza dei vincoli previsti dalla normativa italiana - con la sentenza 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19 e C-91/19, si è pronunciata a favore della conformità dell'ordinamento italiano a quello comunitario.

Per comprendere meglio la rilevanza dei temi sopra evidenziati e il possibile impatto negativo derivante dalla eliminazione dell'elenco, pare opportuno fornire **alcuni dati statistici** sulle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche, delle quali le società *in house* costituiscono un segmento molto importante a livello nazionale, regionale e locale.

Come viene, infatti, rilevato costantemente dalla Corte dei Conti nelle relazioni annuali, l'acquisto di partecipazioni azionarie da parte dello Stato e delle pubbliche amministrazioni realizza una forma rilevante di intervento pubblico nell'economia italiana e, nonostante ciò, si continuano a rilevare difficoltà nel reperimento di informazioni e dati coerenti sull'intero territorio nazionale.

La decisione di cancellare l'elenco va dunque esattamente nella direzione opposta ai rilievi della magistratura contabile in materia di società pubbliche.

L'attenzione del legislatore e della magistratura contabile verso questa tipologia di società deriva principalmente dalla necessità di controllare meglio questi organismi, fondamentali per i servizi offerti ai cittadini, ma spesso oggettivamente mal gestiti, fonte di sprechi e oggetto di scarse forme di pubblicità e trasparenza.

L'evidente parcellizzazione del fenomeno dell'*in house* lo rende difficilmente controllabile dall'esterno e, di fatto spesso incontrollato, con la conseguenza che - come attestano diversi casi assunti agli onori della cronaca - sono stati perpetrati molti abusi ai danni delle finanze pubbliche, che, in un momento storico ed economico come quello attuale, il sistema Paese non può in nessun modo permettersi.

La Corte dei Conti, nella Relazione del 2021, ha individuato 7.154 organismi partecipati in via diretta e indiretta che, in **assenza di qualsivoglia forma di pubblicità e trasparenza, nonché di controllo sui requisiti dell'*in house***, in astratto potrebbero procedere con affidamenti diretti pur non avendone i requisiti.

Simili dati consentono di esprimere alcune considerazioni di carattere generale. In primo luogo, emerge la necessità di non disperdere e di proseguire con un simile importante lavoro di controllo e supporto svolto negli anni dall'Autorità.

In secondo luogo, è possibile ritenere che diverse amministrazioni, per differenti ragioni, non abbiano ancora presentato la relativa domanda di iscrizione, con ogni conseguenza in tema di pubblicità e trasparenza.

Da qui l'indiscutibile necessità e opportunità di mantenere l'elenco *in house* per tutte le amministrazioni pubbliche che, **senza alcun tipo di aggravamento istruttorio e/o interferenza nelle decisioni delle amministrazioni**, svolge una importante funzione di supporto per le stesse, ha un indiscutibile effetto deflattivo del contenzioso e sta contribuendo ad aumentare la fondamentale funzione di pubblicità e trasparenza nel settore degli affidamenti pubblici.

Infine, si evidenzia che le motivazioni poste alla base della predetta eliminazione non risultano coerenti con l'attuale quadro normativo in materia di *in house*.

Si ricorda, infatti, che il recente decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, *“Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”* prevede, all’articolo 17, comma 2, che, nel caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, gli enti locali debbano adottare la deliberazione di affidamento del servizio ***“... sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato...”***.

È evidente che gli affidamenti di servizi pubblici locali non esauriscono il complessivo ambito dei contratti pubblici che le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare a proprie società *in house*. Infatti in circa il 40% dei casi esaminati, le società *in house* operano al di fuori del perimetro dei servizi pubblici locali e della relativa disciplina di settore.

Appare, quindi, opportuno valutare di richiamare per tutti i contratti pubblici che vengano affidati con tale modalità l’obbligo di “motivazione rafforzata” recentemente prevista dal legislatore in sede di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, mediante un rinvio alla disciplina espressa dall’articolo 17, comma 2, del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201.

In questo senso si potrebbe riprendere il testo del vigente articolo 192, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, adeguandolo rispetto alle modifiche normative successive alla sua entrata in vigore, secondo quanto sopra evidenziato.

Si propone quindi di aggiungere un comma all’articolo 23 dello schema di codice, così formulato:

“Articolo 23. Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

[...]

2-bis. Fermo restando il principio di auto-organizzazione amministrativa, di cui all’articolo 7, è istituito presso l’ANAC, l’elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house. L’iscrizione nell’elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l’esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l’Autorità definisce con proprio atto. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all’ente strumentale, nel rispetto di quanto previsto dall’articolo 17, comma 2, del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201. Resta fermo, anche per gli affidamenti in house l’obbligo di acquisizione del Codice identificativo di gara (CIG) rilasciato da ANAC.”

2. Necessità di non depotenziare la disciplina del conflitto di interessi (articolo 16).

L’articolo 16 dello schema di codice, dedicato alla disciplina del conflitto di interessi, sostituisce le previsioni contenute nell’articolo 42 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, modificandole sostanzialmente; nel complesso viene notevolmente ridotto lo spazio applicativo della norma.

La nuova definizione introdotta dall'articolo 16 appare in contrasto rispetto alla definizione contenuta nelle Direttive europee (articolo 24 Dir. UE 24/2014 e articolo 35 Dir. UE 23/2014), dal momento che vengono inserite condizioni non previste che valgono a ridurre l'ambito applicativo.

In particolare, i citati articoli di derivazione eurounitaria prevedono che *"Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui..."* il personale di un'amministrazione aggiudicatrice che interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione *"...o può influenzare il risultato di tale procedura..."* abbia direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che *"... può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza..."*.

Rispetto a tale definizione si inseriscono le ulteriori condizioni che il suddetto soggetto intervenga *"...con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato..."* abbia direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che *"... può essere percepito come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità e indipendenza..."*

Di conseguenza, l'ambito applicativo del conflitto di interesse in relazione ai contratti pubblici, campo particolarmente soggetto a rischi di corruzione, risulta più ristretto di quello previsto per i procedimenti amministrativi ordinari (cfr. articolo 6-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e articoli 6 e 7 del decreto del Presidente della repubblica 16 aprile 2013, n. 62).

Il secondo comma introduce, poi, una sorta di "inversione dell'onere della prova" che non ha precedenti a livello comunitario, stabilendo, in ossequio al *"...principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa..."*, la necessità che tale minaccia sia *"provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro"*, disposizione alla luce della quale appare particolarmente gravoso soddisfare l'onere probatorio posto a carico di chi invoca il conflitto. In tal senso il principio di imparzialità è degradato da interesse generale a interesse specifico dell'impresa controinteressata.

La possibilità che la norma suddetta contrasti con il diritto eurounitario emerge chiaramente dalla sentenza della Corte di Giustizia del 12 marzo 2015, causa C538/13, la quale nel ribadire che l'amministrazione aggiudicatrice è responsabile della procedura di gara anche nel caso in cui nomini una commissione di esperti, **assegna alla sua specifica ed esclusiva competenza la verifica dell'esistenza di eventuali conflitti di interesse** tra questi ultimi e le imprese concorrenti. **Per la Corte, non si può chiedere al ricorrente in giudizio «di provare concretamente la parzialità del comportamento degli esperti»:** di conseguenza, se sussistono elementi oggettivi che mettono in dubbio l'imparzialità di un ausiliario dell'amministrazione aggiudicatrice, spetta poi a quest'ultima ogni ulteriore verifica sul punto, anche in funzione dell'eventuale prova contraria da fornire in sede processuale.

A fronte di un ambito applicativo più ristretto e dell'introduzione di un onere probatorio per chi solleva l'ipotesi del conflitto, la nuova definizione **elimina**, poi, il riferimento ad una specifica previsione delle direttive eurounitarie che pongono **in capo alle stazioni appalti l'onere di attivarsi al fine di prevenire i conflitti**: *"Gli Stati membri provvedono affinché le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici"*³.

È stato, infatti, eliminato ogni riferimento alla necessità per le stazioni appaltanti di porre in essere attività e iniziative finalizzate alla individuazione, prevenzione ed eliminazione dei conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di affidamento di contratti pubblici; è stata, inoltre, espunta la previsione

³ Cfr. articolo 24 della Direttiva 2014/24/UE.

secondo la quale costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62; è stato eliminato il riferimento ai poteri di vigilanza della stazione appaltante sul rispetto degli obblighi di comunicazione e di astensione in caso di conflitto di interessi.

In particolare, **non sussiste alcun obbligo dichiarativo** (anche di insussistenza delle situazioni di conflitto) **che costituisce il principale strumento di emersione/gestione dei conflitti** (cfr. Comunicazione UE 2021/C 121/01).

Tenuto conto del particolare rilievo che assume la fattispecie del conflitto di interessi in ambito comunitario (si vedano, da ultimo, le procedure di verifica introdotte con riferimento all'utilizzo dei fondi del PNRR dall'articolo 7, comma 8, del Decreto- legge 31 maggio 2021 , n. 77⁴), appare opportuno:

- eliminare il comma 2 ed in particolare l'onere probatorio e il concetto di subordinazione dell'interesse;
- prevedere un più chiaro obbligo dichiarativo in capo ai soggetti che partecipano all'affidamento, anche relativamente alla insussistenza delle situazioni di conflitto, al fine di consentire il monitoraggio sulle eventuali situazioni di conflitto;
- ripristinare l'obbligo per le stazioni appaltanti di porre in essere attività e iniziative finalizzate all'individuazione, prevenzione ed eliminazione dei conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di affidamento di contratti pubblici;
- ripristinare l'obbligo di vigilanza in capo alla stazione appaltante, poiché diversamente potrebbe non essere chiaro chi debba verificare tali situazioni
- ripristinare la previsione secondo la quale costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previsto dall'articolo 7 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62.

Si propone, pertanto, la seguente formulazione, dell'articolo 16 dello schema di codice:

Articolo 16. Conflitto di interessi.

*"1. Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene ~~con compiti funzionali~~ nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e **ovvero** ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia ~~concreta ed effettiva~~ alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione. **In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione ai sensi dell'articolo 6-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241.***

~~2. In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi~~

⁴ Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108, recante: «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure.».

Articolo 7. "Controllo, audit, anticorruzione e trasparenza":

comma 8: "Ai fini del rafforzamento delle attività di controllo, anche finalizzate alla prevenzione ed al contrasto della corruzione, delle frodi, nonché ad evitare i conflitti di interesse ed il rischio di doppio finanziamento pubblico degli interventi, ferme restando le competenze in materia dell'Autorità nazionale anticorruzione, le amministrazioni centrali titolari di interventi previsti dal PNRR possono stipulare specifici protocolli d'intesa con la Guardia di Finanza senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica".

~~invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.~~

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 1 ne dà comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente e si astiene dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione.

4. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni e nella fase di esecuzione, e vigilano affinché gli adempimenti di cui al comma precedente siano rispettati”.

3. Criticità degli affidamenti diretti, o con procedura negoziata senza bando, dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie (articolo 50).

L'articolo 50, comma 1, dello schema di codice, in tema di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie, stabilisce un notevole innalzamento sia delle soglie per l'affidamento diretto che di quelle per la procedura negoziata senza bando, nell'ottica di attuare la massima semplificazione delle procedure.

Soprattutto con riferimento agli **affidamenti diretti di servizi e forniture**, bisogna evidenziare come **la soglia di 140.000 euro sia idonea ad assorbire la maggior parte degli acquisiti posti in essere soprattutto dai piccoli comuni**, che potranno verosimilmente programmare più affidamenti sotto la predetta soglia, per la maggior parte dei propri acquisti, senza dunque dover ricorrere – se non in casi residuali – a procedure di evidenza pubblica.

Questa Autorità ha avuto modo, nell'ambito della propria esperienza di vigilanza, di constatare l'inefficienza di affidamenti diretti eseguiti senza il minimo confronto concorrenziale, ciò che nelle piccole realtà spesso significa l'affidamento a ditte conosciute, non sempre le più efficienti.

Questa prospettiva è destinata a peggiorare nel caso in cui divenissero definitive le modifiche alla disciplina sul conflitto di interesse, sopra evidenziate, che “sollevano” la stazione appaltante dalla predisposizione di serie misure di prevenzione del conflitto d'interessi, facendo ricadere sugli eventuali interessati l'onere di dimostrarne la sussistenza.

Per le suddette ragioni, questa Autorità non ha mai visto con favore l'innalzamento delle soglie che esentano la stazione appaltante dal confronto con la concorrenza ed auspica, pertanto, che le suddette soglie vengano ridimensionate.

Nel caso si intenda, invece, confermare le soglie di cui sopra, occorre almeno introdurre alcuni correttivi.

Nell'ipotesi di affidamento diretto, si ricorda che l'articolo 17, comma 2, stabilisce che, in tal caso, **la determina a contrarre debba indicare** i seguenti elementi: “... l'oggetto, l'importo e il contraente, **unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale**”.

Si suggerisce, pertanto, almeno per affidamenti diretti di importo superiore alla soglia di 40.000 euro, in ossequio alla norma di cui sopra che **la stazione appaltante pubblichi sul proprio sito istituzionale la determina a contrarre - o atto equivalente -, dando conto delle ragioni della scelta dell'affidatario** e introducendo qualche minimo riferimento al confronto competitivo, almeno sotto il profilo della comparazione dei prezzi.

È vero, infatti, che, anche grazie alla crescente diffusione sui siti web delle caratteristiche di molti prodotti standard, nonché all'efficienza delle piattaforme telematiche di acquisto delle pubbliche amministrazioni,

la stazione appaltante può agevolmente procedere ad una semplice operazione di comparazione de prezzi, che non reca alcun aggravio al procedimento.

In relazione alle **procedure negoziate senza bando** si ritiene che, **a fronte del notevole innalzamento delle soglie** - soprattutto in relazione all'affidamento di lavori - sarebbe opportuno, anche in questo caso, compensare l'ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione nella scelta dei contraenti **con una maggiore trasparenza**, tramite l'introduzione dell'obbligo di pubblicazione sul sito della stazione appaltante dell'avviso dell'avvio della procedura negoziata.

Inoltre, ritenendo che il **ricorso alle indagini di mercato o alla consultazione di elenchi di operatori economici** favorisca l'applicazione dei principi di trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa, si suggerisce di prevederne il riferimento in tutte le ipotesi di procedura negoziata elencate dall'articolo in esame.

Si rileva, poi, che la norma consente alla stazione appaltante di ricorrere alle procedure ordinarie nel solo caso di cui al comma 1, lett. d): procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie comunitarie.

Si ritiene che, in applicazione del principio di auto-organizzazione amministrativa (esplicitato dall'articolo 7 dello schema di codice), **alla stazione appaltante, nell'esercizio della sua discrezionalità, debba essere sempre consentito di ricorrere alle procedure ordinarie anche sotto soglia**, qualora le caratteristiche del mercato di riferimento inducano a ritenere preferibile un ampio confronto concorrenziale e che sia, pertanto, opportuno prevedere la possibilità generalizzata di indire una procedura ordinaria (es. aperta) in luogo della procedura negoziata, qualora tale soluzione appaia la più idonea a soddisfare le esigenze dell'amministrazione.

Infine, si evidenzia che l'articolo 50, come molte altre disposizioni dello schema di codice, fa espresso riferimento all'importo delle soglie attualmente vigenti, di rilievo europeo, per l'affidamento di contratti di lavori, ovvero di servizi e forniture.

Poiché le suddette soglie sono fisiologicamente soggette a revisione in sede europea, al fine di evitare possibili disallineamenti, si potrebbe utilizzare lo strumento di un rinvio mobile alle soglie comunitarie.

Tanto premesso, si propone di adottare la seguente formulazione dell'articolo 50 dello schema di codice.

"Articolo 50. Procedure per l'affidamento.

1. Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità:

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;

d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti, **individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici**, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, ~~salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro, previa adeguata motivazione;~~

e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14."

1-bis. Nei casi di affidamento diretto di contratti di importo superiore a 40.000, la stazione appaltante è tenuta a pubblicare l'atto di cui all'articolo 17, comma 2, dando conto delle motivazioni della scelta dell'affidatario e delle comparazioni economiche svolte; nei casi di affidamento mediante procedura negoziata senza bando, la stazione appaltante è tenuta a pubblicare sul proprio sito istituzionale la comunicazione dell'avvio della procedura almeno 10 giorni prima dell'avvio della consultazione degli operatori economici.

1-ter. È fatta salva la possibilità per la stazione appaltante, di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro, previa adeguata motivazione.

[...]"

4. Soglia per la qualificazione delle stazioni appaltanti (articoli 62 e 63, allegato II.4.).

La qualificazione delle stazioni appaltanti, la cui disciplina risulta inserita nella parte III, del libro II, dello schema di codice, è uno dei temi di maggiore interesse nell'ambito del processo di semplificazione ed efficienza delle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Questa Autorità ha sostenuto da sempre l'importanza dell'innalzamento dei livelli di qualità delle amministrazioni pubbliche, connessi alla professionalizzazione e alla specializzazione dei soggetti coinvolti nell'approvvigionamento nell'espletamento delle loro funzioni.

Inoltre, arginando l'eccessiva frammentazione dei poteri di acquisto e implementando un nuovo modello di azione dell'azione amministrativa più efficiente e professionale, è possibile far progredire il processo di digitalizzazione che questa Autorità ritiene essere uno degli strumenti fondamentali per assicurare trasparenza ed un effettivo contrasto alla corruzione nel settore dei contratti pubblici.

Pur non espressamente prevista nelle direttive comunitarie in materia, la qualificazione delle stazioni appaltanti risulta coerente con le *best practices* indicate dall'OCSE e dalla Commissione europea, le quali hanno messo in luce la rilevanza, nella realizzazione di un mercato unico più forte, della professionalità degli operatori nel settore degli appalti pubblici all'interno delle pubbliche amministrazioni⁵.

⁵ Cfr. Raccomandazione (UE) 2017/1805 del 3 ottobre 2017 in materia di professionalizzazione degli appalti pubblici. L'obiettivo della Commissione è quello di definire un insieme di competenze che i funzionari addetti agli acquisti dovrebbero possedere e ciò coerentemente con le indicazioni della letteratura prevalente secondo cui, tra le possibili misure per fronteggiare le inefficienze del sistema degli appalti pubblici, si annovera anche la professionalizzazione dei *buyer* pubblici. Si ricorda al riguardo che la

L'iter di riforma iniziato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ma mai completato in assenza del decreto attuativo previsto dall'articolo 38, ha ripreso vigore a partire dal Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante la *"Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"*.

L'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 21 giugno 2022, n. 78, *"Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, ha infine dato nuova linfa all'implementazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, indicandola quale criterio e principio direttivo da seguire nell'esercizio della delega⁶.

In questo contesto si collocano quindi le disposizioni di cui agli articoli 62 e 63 dello schema di codice che si andranno ad esaminare di seguito, ribadendo in via generale la condivisione da parte di questa Autorità degli obiettivi perseguiti in materia.

L'articolo 62 dello schema di codice, in tema di aggregazioni e centralizzazione delle committenze, al comma primo, prevede l'innalzamento fino a 500.000 euro dell'obbligo della qualificazione delle stazioni appaltanti per l'affidamento di contratti di lavori pubblici.

Si tratta di una modifica di assoluto rilievo che sottrae dall'obbligo di qualificazione una fetta importante degli enti aggiudicatori. Secondo le stime effettuate sui dati relativi al quinquennio 2017-2021, l'innalzamento della soglia di qualificazione per i lavori da 150.000 euro a 500.000 euro comporterebbe una riduzione del numero di gare eseguite da enti qualificati di circa il 65% corrispondente ad una diminuzione di circa il 45% del numero di amministrazioni aggiudicatrici qualificate.

Si propone quindi di mantenere la soglia vigente di 150.000 euro, al di sopra della quale imporre l'obbligo di qualificazione per l'affidamento dei contratti di lavori pubblici.

Al fine di consentire il progressivo adeguamento da parte delle stazioni appaltanti al sistema di qualificazione, in alternativa all'attuazione immediata dell'abbassamento della suddetta soglia, si potrebbe semmai prevedere un periodo transitorio di un anno dall'entrata in vigore del codice, durante il quale la soglia per la qualificazione per l'affidamento dei contratti di lavori pubblici, sia di 500.000 euro., integrando in tal senso la disposizione in esame.

Un altro tema che merita di essere evidenziato è quello relativo alla regolamentazione dell'ipotesi in cui l'amministrazione procedente non abbia la adeguata qualificazione per un certo tipo di affidamento ed abbia quindi **necessità di rivolgersi ad una centrale di committenza**.

Il comma 10 della disposizione in esame prevede che la richiesta della stazione appaltante non qualificata alla centrale di committenza di svolgere la procedura di gara si intende accolta qualora, nei successivi 10 giorni, non sia pervenuta risposta negativa. Se, poi, tre centrali di committenza abbiano respinto la richiesta, la stazione appaltante non qualificata dovrà rivolgersi ad ANAC, la quale nei successivi 15 giorni assegnerà d'ufficio la richiesta a una centrale di committenza.

letteratura annovera tra le cause delle inefficienze e degli sprechi delle risorse pubbliche, oltre alla possibile corruzione dei soggetti preposti agli acquisti pubblici, anche e soprattutto il ridotto livello di competenze degli stessi, ovvero la scarsa professionalizzazione.

⁶ In particolare, l'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 21 giugno 2022, n. 78, stabilisce che *"I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] c) ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali"*.

L'attuale disposizione non disciplina l'ipotesi che **anche la centrale di committenza "supplente", individuata da ANAC, non proceda allo svolgimento della procedura di gara**, con il rischio che la mancata attuazione della norma comporti di fatto il blocco delle procedure di affidamento.

Sarebbe, quindi, opportuno prevedere sanzioni a carico della centrale di committenza individuata da ANAC rimasta inerte senza giustificato motivo, che vadano ad incidere sulla qualificazione della centrale di committenza stessa.

Si formulano quindi le seguenti proposte emendative dell'articolo 62 dello schema di codice:

"Articolo 62. Aggregazioni e centralizzazione delle committenze.

*1. Tutte le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, e all'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore a ~~500.000~~**150.000** euro, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori. **Le stazioni appaltanti non ancora qualificate possono svolgere le procedure di affidamento di lavori d'importo non superiore a 500.000 fino ad un anno dall'entrata in vigore del codice.***

[...]

*10. La domanda di svolgere la procedura di gara, rivolta dalla stazione appaltante non qualificata alla centrale di committenza, si intende accolta se non riceve risposta negativa nel termine di 10 giorni dalla sua ricezione. Se tre centrali di committenza qualificate hanno respinto la richiesta, la stazione appaltante non qualificata si rivolge all'ANAC, che provvede entro 15 giorni all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una centrale di committenza qualificata. **Nel caso in cui la centrale di committenza individuata non proceda, senza giustificato motivo, all'avvio della procedura, con provvedimento di ANAC, è disposta la decurtazione del 10% del punteggio conseguito dalla stessa per la qualificazione, per la durata di un anno. Nel caso di tre provvedimenti di ANAC adottati nell'arco di un anno, la qualificazione della centrale di committenza è sospesa per un anno".***

In merito al successivo articolo 63, si evidenzia soltanto che il riferimento ai soggetti aggregatori contenuto nel comma 6 risulta non adeguatamente coordinato, tenuto conto della previsione di cui al precedente comma 4, che stabilisce la **qualificazione di diritto dei soggetti aggregatori**, senza distinguere in merito alle tipologie di affidamento, né ai livelli della qualificazione.

Si propone, pertanto, il seguente emendamento:

"Articolo 63. Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

[...]

6. Le centrali di committenza ~~e i soggetti aggregatori~~ possono essere qualificate ~~e anche solo per l'acquisizione di lavori oppure di servizi e forniture. Le centrali di committenza e i soggetti aggregatori~~ per svolgere attività di progettazione e affidamento devono essere qualificate ~~e~~

almeno nella seconda fascia. Esse programmano la loro attività coordinandosi nel rispetto del principio di leale collaborazione.

[...]”.

La disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti prosegue, inoltre, nell'allegato II.4. al codice, nel quale, dopo il rinvio alla **Linee guida** recanti *“Attuazione – anche a fasi progressive - del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici”*, **approvate con delibera ANAC n. 441 del 28 settembre 2022**, sono indicati i requisiti di qualificazione e i requisiti premianti e ne è assicurata la gradualità nella fase transitoria, secondo quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 62, del codice.

In proposito si osserva che, per le disposizioni relative alla **qualificazione per l'esecuzione, sarebbe opportuno sostituire il riferimento al termine fisso di sei mesi** dall'entrata in vigore del sistema di qualificazione, prevista nel comma 2 degli articoli 2 e 3 dell'allegato, con il riferimento all'entrata in vigore del Regolamento di cui all'articolo 62, comma 3, del codice.

Ciò in quanto, nel caso in cui il predetto regolamento non venga approvato nel termine di sei mesi, si verrebbe a creare un vuoto normativo con riferimento alla disciplina della qualificazione per l'esecuzione, mettendo altresì a rischio gli affidamenti per il PNRR da ultimarsi entro il 2026.

Si suggerisce, quindi, di modificare in tal senso il contenuto dell'allegato II.4. allo schema:

“Allegato II.4. - Qualificazione delle stazioni appaltanti

Articolo 2.

*2. Fermo restando quanto previsto dai commi 5 e 6 dell'articolo 62 del codice, in sede di prima applicazione, **fino all'entrata in vigore del Regolamento di cui al comma 3 del medesimo articolo** e per i successivi sei mesi dall'entrata in vigore del sistema di qualificazione: [...]*

Articolo 3.

*2. Fermo restando quanto previsto dai commi 5 e 6 dell'articolo 62 del codice, in sede di prima applicazione, **fino all'entrata in vigore del Regolamento di cui al comma 3 del medesimo articolo** e per i successivi sei mesi dall'entrata in vigore del sistema di qualificazione: [...]*”.

Analisi di altri articoli dello schema

LIBRO I, DEI PRINCIPI, DELLA DIGITALIZZAZIONE, DELLA PROGRAMMAZIONE E DELLA PROGETTAZIONE.

PARTE I, DEI PRINCIPI.

Articolo 11. Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti.

Il comma 3 dell'articolo 11 prevede che gli operatori economici possano indicare, nella propria offerta, l'applicazione di un contratto collettivo diverso da quello indicato dalla stazione appaltante, purché garantisca ai dipendenti le medesime tutele. In tal caso l'impresa deve anche produrre una dichiarazione di equivalenza delle tutele, da verificare anche con le modalità previste per la verifica delle offerte anormalmente basse di cui all'articolo 110.

Per rendere effettive queste previsioni, sarebbe opportuno **individuare un soggetto istituzionale competente a dichiarare l'equivalenza delle tutele** (a quanto consta, il CNEL ha già avviato le relative attività) **e prevedere, dunque, solo in via transitoria l'autodichiarazione** da parte dell'operatore economico e la verifica da parte della stazione appaltante.

Diversamente, affidare la disciplina di questo delicato aspetto alle autodichiarazioni dei singoli operatori economici e le conseguenti verifiche alle singole stazioni appaltanti potrebbe condurre a diffomità applicative dei diversi contratti collettivi.

Infine, allo scopo di evitare incertezze, sarebbe preferibile che in sede di indicazione del contratto collettivo da applicare, gli operatori economici facessero riferimento al relativo codice alfanumerico unico attribuito dal CNEL, in sede di acquisizione del contratto nell'archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro (articolo 17 della legge 30 dicembre 1986, n. 936).

Si propone, pertanto il seguente emendamento del comma 4 dell'articolo 11 dello schema di codice:

"Articolo 11. Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti.

[...]

*4. Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale, **individuato attraverso il codice alfanumerico unico attribuito dal CNEL in sede di acquisizione del contratto nell'archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro**, ~~indicate~~ nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero **altro contratto di cui il CNEL abbia riconosciuto l'equivalenza delle tutele**. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110".*

Articolo 15. Responsabile unico del progetto (RUP).

In merito alle funzioni del responsabile unico del progetto (RUP), il comma 4 dell'articolo 15 dello schema di codice prevede che le stazioni appaltanti, su richiesta del RUP, possano nominare un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento e che le relative responsabilità siano, in tal caso, ripartite in base

ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.

La suddetta disposizione non appare conforme al principio generale vigente nell'ordinamento relativo all'unicità del responsabile del procedimento, introdotto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (*"Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"*).

Infatti, nell'ipotesi in cui venga nominato un responsabile del procedimento per ogni fase, in aggiunta al RUP, **ci sarebbero di fatto due soggetti responsabili per ogni fase**, con le relative conseguenze in merito ai provvedimenti da adottare in caso di divergenza tra gli stessi.

Una più efficiente soluzione si ritrova, invece, proprio nel comma 6 del medesimo articolo, laddove si prevede **la possibilità di istituire una struttura di supporto al RUP**, ma nel pieno rispetto dell'unicità della funzione.

Si suggerisce, pertanto l'eliminazione del comma 4 dell'articolo 15 dello schema di codice:

Articolo 15. Responsabile unico del progetto (RUP).

~~4. Ferma restando l'unicità del RUP e se il RUP lo richiede, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, ciascuno secondo il proprio ordinamento, nominano un responsabile del procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP."~~

Articolo 17. Fasi delle procedure di affidamento.

L'articolo 17 dello schema di codice dispone, al comma 1, che, prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, con apposito atto, adottano la decisione di contrarre individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

Il legislatore, nel testo normativo del nuovo codice, utilizza il riferimento ai criteri di selezione degli operatori economici, intendendo richiamare i requisiti di partecipazione previsti dagli articoli 94, 95, 99 e 100, ovvero i requisiti di carattere generale e speciale che la stazione appaltante richiede agli operatori economici ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

Al fine di rendere più puntuale e stringente il perimetro relativo agli elementi che devono integrare la determina a contrarre con cui si avvia la procedura, si suggerisce di estendere il contenuto della motivazione, comprendendo **anche l'indicazione della procedura di gara con cui la stazione appaltante intende procedere e il criterio di aggiudicazione prescelto**.

Pertanto, si propone il seguente emendamento dell'articolo 17 dello schema di codice:

Articolo 17. Fasi delle procedure di affidamento.

"1. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, con apposito atto, adottano la decisione di contrarre individuando gli elementi

essenziali del contratto, le procedure di gara, i criteri di aggiudicazione e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.”

PARTE II - DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI.

Articolo 24. Fascicolo virtuale dell'operatore economico.

L'articolo 24 dello schema di codice contiene la disciplina del fascicolo virtuale dell'operatore economico.

In merito si osserva, innanzitutto, che il comma primo della disposizione in esame, in relazione alle cause di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici, **fa riferimento unicamente all'articolo 94**. Posto che lo schema di codice distingue le cause di esclusione automatiche da quelle non automatiche, disciplinandole in due articoli differenti (articoli 94 e 95, oltre all'articolo 98, che contiene le indicazioni per identificare le ipotesi di illecito professionale grave, rilevante quale causa di esclusione ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e), sarebbe opportuno **correggere il rinvio normativo ad entrambe le disposizioni**.

Si propone quindi di modificare l'articolo 24 dello schema di codice in tal senso:

“Articolo 24. Fascicolo virtuale dell'operatore economico.

*1. Presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici opera il fascicolo virtuale dell'operatore economico che consente la verifica dell'assenza delle cause di esclusione di cui ~~all'articolo 94~~ **agli articoli 94, 95 e 98** e per l'attestazione di cui all'articolo 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché dei dati e dei documenti relativi ai criteri di selezione di cui all'articolo 100 che l'operatore economico inserisce.*

[...]”.

In merito si richiama il commento alla disposizione di cui all'articolo 222, comma 10, dello schema di codice, in relazione alla quale, per le stesse ragioni, si propone un'analoga integrazione (cfr. *infra*).

Inoltre, si evidenzia che può essere fonte di seria criticità l'espressione utilizzata nell'articolo 24 con riferimento al fascicolo virtuale dell'operatore economico *“che consente la verifica dell'assenza...”*, alla luce dell'eliminazione nello schema di codice della previsione - contenuta nel vigente articolo 81 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - della necessaria acquisizione attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici della documentazione (che appunto *“è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati...”*).

Tale formulazione lascia intendere che la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico non sia l'unica modalità di verifica dei requisiti in questione, in quanto non è prevista alcuna priorità di questo sistema, rispetto alla consultazione degli altri documenti e/o delle altre banche dati a cui fa riferimento.

Pertanto, al fine di evitare il rischio concreto di vanificare le esigenze di semplificazione, trasparenza e prevenzione della corruzione perseguite proprio attraverso l'implementazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico, si proporrà una modifica all'articolo 99 *“Verifica del possesso dei requisiti”* cui si rinvia.

Articolo 28. Trasparenza dei contratti pubblici.

L'articolo 28 dello schema di codice è dedicato alla disciplina della trasparenza relativa a tutte le fasi delle procedure di affidamento di contratti pubblici.

A riguardo si osserva che la disposizione in questione non contiene alcun riferimento agli affidamenti *in house* – diversamente dalla disciplina contenuta nel vigente articolo 29 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il cui comma 1 includeva espressamente nell'ambito di applicazione anche gli affidamenti *“tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5”*; anzi, sulla base del tenore letterale della stessa sembrerebbe potersi ritenere che le misure previste in materia di trasparenza siano riferite unicamente agli affidamenti *in outsourcing*.

Ciò potrebbe porsi in contrasto con i criteri indicati dalla legge 21 giugno 2022, n. 78, *“Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*, nonché con la legge 5 agosto 2022, n. 118, *“Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021”*, il cui articolo 8, nell'attribuire la delega al Governo per la riforma della disciplina in materia di servi pubblici locali, indica quale obiettivo anche il *“rafforzamento, attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 29, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, resa interoperabile con le banche dati nazionali già costituite, e la piattaforma unica della trasparenza, ivi compreso l'Osservatorio di cui all'articolo 1, comma 300, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, della trasparenza e della comprensibilità degli atti e dei dati concernenti la scelta del regime di gestione, ivi compreso l'affidamento in house, la regolazione negoziale del rapporto tramite contratti di servizio e il concreto andamento della gestione dei servizi pubblici locali dal punto di vista sia economico sia della qualità dei servizi e del rispetto degli obblighi di servizio pubblico”* (art. 8, comma 2, lettera u).

La norma delegante pone al centro del processo di pubblicità e trasparenza dei servizi pubblici locali la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, attraverso l'interoperabilità con le altre banche dati, tra cui la *“piattaforma unica della trasparenza”*.

Viceversa la formulazione dell'articolo 31 del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, recante il *“Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”* – disposizione dedicata appunto alla *“trasparenza nei servizi pubblici locali”* – sembrerebbe attribuire alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici un ruolo meramente accessorio rispetto agli ulteriori dati relativi ai servizi pubblici locali ivi contenuti⁷, con un'inversione rispetto all'operatività contemplata nell'articolo 28, comma 3, dello schema di codice, ove si prevede il recepimento dei dati attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici e la relativa pubblicazione attraverso la *“piattaforma trasparenza”*.

⁷ L'articolo 31 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, stabilisce che *“1. Al fine di rafforzare la trasparenza e la comprensibilità degli atti e dei dati concernenti l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, gli enti locali redigono la deliberazione di cui all'articolo 10, comma 5, la relazione di cui all'articolo 14, comma 3, la deliberazione di cui all'articolo 17, comma 2 e la relazione di cui all'articolo 30, comma 2, tenendo conto degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9. 2. Gli atti di cui al comma 1 e il contratto di servizio sono pubblicati senza indugio sul sito istituzionale dell'ente affidante e trasmessi contestualmente all'ANAC, che provvede alla loro immediata pubblicazione sul proprio portale telematico, in un'apposita sezione denominata «Trasparenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - Trasparenza SPL», dando evidenza della data di pubblicazione. 3. I medesimi atti sono resi accessibili anche attraverso la piattaforma unica della trasparenza gestita da ANAC, che costituisce punto di accesso unico per gli atti e i dati relativi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica attraverso il collegamento al luogo di prima pubblicazione di cui al comma 2. 4. Sulla piattaforma unica della trasparenza gestita dall'ANAC sono anche resi accessibili, secondo le modalità di cui al comma 3: a) gli ulteriori dati relativi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuti nella banca dati nazionale sui contratti pubblici; b) le rilevazioni periodiche in materia di trasporto pubblico locale pubblicate all'Osservatorio di cui all'articolo 1, comma 300, della legge 24 dicembre 2007, n. 244; c) gli atti e gli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, nonché, ove disponibili, le informazioni sugli effettivi livelli di qualità conseguiti dai gestori pubblicati dalle autorità di settore sui propri siti istituzionali. 5. Gli atti e i dati di cui al presente articolo sono resi disponibili dall'ente che li produce in conformità a quanto previsto dall'articolo 50 del decreto legislativo n. 82 del 2005. 6. Gli enti locali, le amministrazioni statali, le Regioni e le Autorità di regolazione hanno accesso alla piattaforma dell'ANAC, ai sensi dell'articolo 50 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, anche al fine di esercitare i poteri di verifica e monitoraggio rispettivamente attribuiti dalla normativa vigente”*.

Potrebbe quindi porsi un problema di coordinamento non solo apparente della disposizione in esame rispetto al suddetto articolo 31, dal momento che l'articolo 28 dello schema di codice, omette – contrariamente a quanto stabilito dal vigente articolo 29 del d.lgs. 50/2016, disposizione peraltro espressamente richiamata nella legge delega n. 118/2022 –, l'obbligo di trasmissione degli atti sottesi agli affidamenti *in house* alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, con evidenti ricadute sia in termini di operatività delle due banche dati, che in termini di monitoraggio e tracciabilità dei flussi finanziari.

Sarebbe quindi opportuno chiarire espressamente che la disciplina della trasparenza, contenuta nell'articolo 28 dello schema di codice, si applica a tutte le procedure di affidamento di contratti pubblici, comprese quelle affidate *in house* secondo il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto dall'articolo 7.

Si evidenzia, infine, la precisazione del riferimento all'elenco degli operatori invitati a presentare offerte contenuto nel periodo finale dell'articolo 28, comma 3, dello schema di codice; dal momento che la disciplina della trasparenza trova applicazione nei confronti di tutte le tipologie di procedure di affidamento di contratti pubblici, sarebbe più corretta inserire un richiamo agli offerenti, in quanto l'espressione utilizzata dallo schema di codice sempre riferita unicamente alle procedure negoziate.

Si propone quindi la seguente integrazione dell'articolo 28 dello schema di codice:

“Articolo 28. Trasparenza dei contratti pubblici.

*1. Le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici, **ivi compresi gli affidamenti di cui all'articolo 7, comma 2**, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 35 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 139, sono trasmessi tempestivamente alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme digitali di cui all'articolo 25.*

[...]

*3. Per la trasparenza dei contratti pubblici fanno fede i dati trasmessi alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC, la quale assicura la tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti, anche attraverso la Piattaforma unica per la trasparenza, e la periodica pubblicazione degli stessi in formato aperto. In particolare, sono pubblicati la struttura proponente, l'oggetto del bando, **l'elenco degli offerenti nelle procedure aperte e l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte**, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture e l'importo delle somme liquidate”.*

Articolo 31. Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti.

L'articolo 31 dello schema di codice disciplina l'Anagrafe degli operatori economici coinvolti nei contratti pubblici, definendo le informazioni in essa contenute e attribuendone la gestione ad ANAC.

Al fine di specificare la *ratio* sottesa all'istituzione della stessa (controllo dei requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95) e chiarire le informazioni da acquisire ai fini dell'individuazione dei soggetti di cui all'articolo 94, comma 3, dello schema di codice, sarebbe opportuno integrare i primi due commi della disposizione in esame.

In particolare, al comma 1 dell'articolo 31, si potrebbe inserire uno specifico riferimento al Registro dei titolari effettivi (istituito con il decreto interministeriale n. 55 dell'11 marzo 2022), per le finalità connesse

all'individuazione di tali soggetti, la cui rilevanza si avrà modo di sottolineare nelle osservazioni all'articolo 94 dello schema di codice.

Con riferimento al comma 3 dell'articolo 31 dello schema di codice si osserva che il riconoscimento del valore certificativo dei ruoli e delle cariche relativi alle persone fisiche non presenti nel Registro delle imprese ma inseriti nell'Anagrafe degli operatori economici, **finisce per attribuire valore di certificazione a documenti e/o comunicazioni** all'inserimento nell'Anagrafe stessa, senza che a questo corrisponda un potere di ANAC di accertamento e verifica dei dati in essi contenuti.

Tale disposizione dovrebbe, quindi, essere eliminata.

Infine, si propone l'inserimento di un ulteriore comma in calce alla disposizione in esame, necessario a garantire il corretto funzionamento dell'Anagrafe e l'aggiornamento tempestivo delle informazioni in essa contenute.

Si riportano, quindi, di seguito gli emendamenti dell'articolo 31 dello schema di codice relativi alle modifiche proposte:

“Articolo 31. Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti.

*1. È istituita presso l'ANAC l'Anagrafe degli operatori economici a qualunque titolo coinvolti nei contratti pubblici, che si avvale del Registro delle imprese **e della relativa sezione denominata Registro dei titolari effettivi.***

*2. L'Anagrafe censisce gli operatori economici di cui al comma 1, nonché i soggetti, le persone fisiche e i titolari di cariche ad essi riferibili, **al fine della verifica dei requisiti di cui agli articoli 94 e 95.***

~~3. Per le persone fisiche di cui al comma 2 l'Anagrafe assume valore certificativo per i ruoli e le cariche rivestiti non risultanti dal Registro delle imprese.~~

[...]

*5. Gli operatori economici di cui al comma 1 sono tenuti a comunicare all'Anagrafe, con le modalità e nei termini stabiliti dall'ANAC con proprio provvedimento, le informazioni di cui al comma 2 non risultanti dal Registro delle imprese e le modifiche successivamente intervenute. **L'omessa o tardiva comunicazione costituisce elemento valutabile ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 222, comma 9”.***

PARTE IV - DELLA PROGETTAZIONE.

Articolo 41 e Allegato I.7. Livelli e contenuti della progettazione.

Lo schema di decreto legislativo prevede, all'articolo 41, che la progettazione in materia di lavori pubblici si articola in due livelli di successivi approfondimenti tecnici, vale a dire il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo, perseguendo obiettivi di evidente semplificazione e accelerazione degli

affidamenti. È prevista la possibilità, per le manutenzioni, di limitarsi alla sola progettazione esecutiva, che deve includere gli elementi del livello omesso.

La riduzione dei livelli di progettazione da tre a due non dovrebbe comportare criticità circa la necessaria completezza e accuratezza che la progettazione di lavori pubblici deve garantire. Ciò anche alla luce del previsto *documento di fattibilità delle alternative progettuali* (DOCFAP) che è fortemente indirizzato alla migliore scelta progettuale, prevedendosi la predisposizione di studi ed elaborati che, ad una prima lettura, paiono di livello complessivo almeno paritetico a quello del progetto preliminare, non più presente nel testo esaminato.

Si ritiene, comunque, opportuno formulare alcune considerazioni, segnalando talune criticità **e prospettando le conseguenti proposte di modifica al testo in esame.**

Il DOCFAP è obbligatorio solo per le opere sopra soglia, restando facoltativo per le opere sotto soglia. Tale circostanza potrebbe costituire una criticità per le opere di importo compreso tra 150.000 euro e la soglia comunitaria, considerato che la redazione del documento è onerosa dal punto di vista tecnico. Sussiste, dunque, il rischio che l'amministrazione possa sottostimare il valore dell'appalto al fine di non redigere il DOCFAP.

Si tenga conto anche che, nella nuova formulazione dell'articolo 120, comma 5, dello schema di codice, sono sempre consentite le varianti in corso d'opera non sostanziali, a prescindere dal loro valore; pertanto, un progetto appena sotto soglia, per il quale il DOCFAP non è obbligatorio, potrebbe, poi, subire un incremento di costo in corso d'opera per varianti, con elusione della norma. L'assenza del DOCFAP negli appalti sotto soglia potrebbe, altresì, determinare criticità progettuali nei successivi livelli di progettazione.

Onde evitare le suddette evenienze, al fine di incentivare l'utilizzo del DOCFAP anche negli appalti sotto soglia, si potrebbe quindi più opportunamente prevedere un DOCFAP da predisporre in forma semplificata.

Si propone di modificare l'articolo 2, comma 6, dell'allegato I.7., dello schema di codice, nei seguenti termini:

"Articolo 2. Documento di fattibilità delle alternative progettuali.

[...]

*6. Per interventi di importo dei lavori superiore a 150.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 14 del codice, è facoltà del committente richiedere la redazione del DOCFAP **in forma semplificata**, che sarà redatto sulla base delle indicazioni fornite dal RUP, tenendo conto del tipo e della dimensione dell'intervento da realizzare".*

L'articolo 41 dello schema di codice prevede inoltre che la stazione appaltante possa affidare all'esterno i due livelli di progettazione. Si pone, dunque, il problema di un coordinamento con il decreto ministeriale 17 giugno 2016, in relazione al calcolo delle competenze professionali, che dovrà essere aggiornato alla luce della riduzione dei livelli di progettazione e della modifica degli elaborati ad essi riferiti.

Il progetto di fattibilità tecnico-economica contiene già tutti gli elementi che nell'attuale sistema sono demandati al progetto definitivo ed è oggetto di valutazione di impatto ambientale. La mancata previsione di un livello preliminare di progettazione, in relazione alla tipologia di procedura di aggiudicazione o contratto utilizzata, potrebbe comportare le seguenti criticità.

Con riferimento all'istituto del dialogo competitivo (articolo 74), pur non essendo specificato qual è il livello di progettazione da porre a base di gara, si richiede che l'offerta contenga tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto; facendo riferimento al progetto esecutivo come descritto nell'allegato I.7, tale richiesta potrebbe risultare particolarmente onerosa.

Con riferimento alle concessioni (articolo 185) e alla finanza di progetto (articolo 193) viene introdotto un più generico riferimento al "progetto di fattibilità", rispettivamente da porre a base di gara o da presentare unitamente alla proposta del promotore, senza che ne siano meglio specificati i contenuti; occorrerebbe, pertanto, chiarire se si tratta del progetto di fattibilità tecnico-economica, tenuto conto del livello di dettaglio allo stesso richiesto nel già richiamato allegato I.7, ovvero se si tratti di una forma più semplice, assimilabile all'attuale progetto preliminare.

Si suggerisce, pertanto, di prevedere espressamente che la proposta di finanza di progetto contenga il DOCFAP, ovvero un progetto di fattibilità che ne esprima i contenuti essenziali.

L'articolo 41, comma 12, dello schema di decreto legislativo prevede che **la progettazione di servizi e forniture** sia articolata in un unico livello e sia elaborata dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti mediante propri dipendenti in servizio, rinviando all'allegato 1.7 per la definizione dei contenuti minimi del progetto.

Rispetto alla disciplina attualmente in vigore (articolo 23, comma 14, d.lgs.18 aprile 2016, n. 50), l'articolazione del progetto in un unico livello risulterebbe quindi obbligatoria (non risulta indicato, come nel testo vigente, l'assunto "di regola").

Relativamente ai contenuti minimi del progetto per gli appalti di servizi e forniture, il mero rinvio all'allegato I.7 può comportare difficoltà applicative poiché il predetto allegato risulta elaborato sulla disciplina dell'appalto di lavori, non contenendo previsioni specifiche per gli appalti di servizi e forniture. Ne consegue la difficoltà nella individuazione dei contenuti minimi del progetto per gli appalti di servizi e forniture (invece, nell'attuale codice vigente i contenuti minimi del progetto per gli appalti di servizi e forniture sono chiaramente indicati all'articolo 23, comma 15).

Sarebbe, quindi, auspicabile integrare l'allegato I.7 indicando separatamente e dettagliatamente i contenuti specifici del progetto per gli appalti di servizi e forniture, analogamente a quanto attualmente previsto nel codice in vigore (all'articolo 23, comma 15, d.lgs.18 aprile 2016, n. 50).

Articolo 44. Appalto integrato.

L'articolo 44, comma 1, dello schema di codice dispone che, negli appalti di lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, *"se qualificati"*, possano stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvata, escludendo l'esercizio di tale facoltà soltanto per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria.

La scelta dell'affidamento di un appalto integrato deve inoltre essere motivata *"con riferimento alle esigenze tecniche, tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto"*.

Per quanto concerne le previsioni contenute al comma 1, si guarda con favore alla condizione relativa alla necessaria qualificazione della stazione appaltante o dell'ente concedente, ai fini dell'affidamento di un contratto che abbia ad oggetto sia la progettazione esecutiva, sia l'esecuzione dei lavori. La richiesta qualificazione risulta essere, infatti, presidio di garanzia di professionalità nella predisposizione della documentazione di gara e nell'affidamento del relativo contratto.

Tuttavia, la formulazione del comma 2, che si presenta di maggiore favore verso l'istituto rispetto alla vigente disciplina (art. 59, commi 1 e *1bis*, d.lgs. n. 50 del 2016), **risulta generica** nell'individuazione dei presupposti legittimanti tale modulo contrattuale, limitandosi a prevedere che la stazione appaltante motivi il ricorso all'appalto integrato con riferimento a non meglio specificate *"esigenze tecniche"*.

Una tale generica e indefinita formulazione può evidentemente comportare il rischio di un uso improprio dell'istituto per cui **sarebbe opportuno definire con maggiore dettaglio le condizioni di ricorso allo stesso**, eventualmente guardando alla formulazione della vigente norma del codice che potrebbe, in parte, essere confermata.

In particolare sarebbe opportuno prevedere che il ricorso all'appalto integrato sia motivato in ragione dell'elevato contenuto tecnologico dei lavori da eseguire, per i quali le imprese possano convenientemente offrire soluzioni tecniche innovative, richiamando la formulazione della vigente disciplina che lo condiziona ai casi *"in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori"* (cfr. art. 59, comma 1-bis, d.lgs. n. 50/2016).

Inoltre, appare, di per sé insufficiente la condizione, anch'essa generica, di valutare il *rischio di eventuali scostamenti di costo*, senza definire quale livello di rischio possa ritenersi accettabile a seguito di detta valutazione.

La prescrizione, infatti, non appone limiti agli aumenti di costi della fase esecutiva, che rappresentano una disfunzione riscontrata frequentemente negli appalti integrati. Infatti, l'utilizzo indiscriminato dell'appalto integrato, nell'esperienza di vigilanza di questa Autorità, ha evidenziato criticità in relazione alla tendenza a procrastinare la definizione di problematiche progettuali alla stesura dell'esecutivo a carico dell'impresa, spesso con notevoli incrementi di costo e varianti; così come si è registrata la tendenza dell'impresa a redigere un progetto esecutivo atto alla massimizzazione dei propri guadagni piuttosto che alla soddisfazione dell'interesse pubblico.

Infine, si paventa il rischio di una contrazione del mercato dei servizi di ingegneria a svantaggio dei singoli professionisti e studi professionali, con sottrazione alla concorrenza delle gare per l'affidamento della progettazione esecutiva.

Si propone, pertanto, di eliminare dall'articolo 44, comma 2, dello schema di codice, il riferimento alla possibilità di incrementi di costo nella fase esecutiva:

"Articolo 44. Appalto integrato.

1. (...)

2. La stazione appaltante o l'ente concedente motiva la scelta di cui al comma 1 con riferimento alle esigenze tecniche, nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori., ~~tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto.~~ [...]".

LIBRO II, DELL'APPALTO.

PARTE I - DEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE EUROPEE.

Articolo 49. Principio di rotazione degli affidamenti.

La disciplina dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie europee si apre, nell'articolo 49, comma 2, dello schema di codice, con l'enunciazione del principio di rotazione degli affidamenti, secondo il quale: *"è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi."*

Si rileva, in merito, che la norma non dispone l'applicazione della rotazione nei confronti degli operatori economici invitati e non affidatari del precedente contratto. Per favorire la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico e controbilanciare la sottrazione alla concorrenza di una significativa quota degli appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, **si suggerisce di estendere la rotazione anche ai soggetti precedentemente invitati e non affidatari.**

Di conseguenza, la deroga disposta al comma 4 della disposizione in esame, secondo cui: *"In casi motivati, con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto"*, dovrebbe essere estesa anche alle imprese non aggiudicatarie.

Con riferimento al principio di rotazione, l'articolo 49, comma 2, dello schema di codice, ne prevede l'applicazione con riguardo all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi.

Il successivo comma 3, dispone che: *"La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6."*

Il divieto di aggiudicare l'appalto all'operatore uscente non opera, quindi, se il nuovo appalto rientra in una diversa fascia, pertanto, l'applicazione di tale divieto verrebbe facilmente aggirata prevedendo da parte della stazione appaltante un numero elevato di fasce.

Si suggerisce, quindi, di prevedere che le fasce siano stabilite dalla stazione appaltante in modo da evitare una artificiosa suddivisione del nuovo importo per farlo ricadere in una diversa fascia.

Si propongono, pertanto, i seguenti emendamenti dell'articolo 49, dello schema di codice:

"Articolo 49. Principio di rotazione degli affidamenti.

[...]

*2. In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto **all'operatore economico invitato e non aggiudicatario del precedente affidamento e al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.***

*3. La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6, **è vietata la determinazione artificiosa dell'importo dell'affidamento per farlo ricadere in una differente fascia.***

4. In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché, **con riguardo al contraente uscente, in presenza di accurata esecuzione del precedente contratto, l'operatore economico invitato e non aggiudicatario del precedente affidamento e il contraente uscente possono** essere reinvitati o essere individuati quale affidatario diretti.

Articolo 52. Controllo sul possesso dei requisiti.

L'articolo 52, dello schema di codice, relativo al controllo sul possesso dei requisiti, nell'ambito delle procedure di affidamento diretto di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000 euro, prevede al secondo comma che, in conseguenza alla verifica negativa sui requisiti dichiarati, la stazione appaltante debba risolvere il contratto, escutere l'eventuale garanzia definitiva, comunicare all'ANAC l'esito negativo della verifica e, infine, prevede che l'amministrazione sia competente anche a disporre la "sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a 12 mesi".

Si rileva, anzitutto, **la mancanza di un termine per la suddetta comunicazione ad ANAC**: la fissazione di un termine entro il quale la stazione appaltante debba procedere alla stessa è necessaria al fine di non procrastinare l'eventuale avvio del procedimento sanzionatorio.

Si rileva, inoltre, **il difetto di coordinamento tra il potere della stazione appaltante di sospendere l'operatore economico dalla partecipazione alle proprie gare e il generale potere interdittivo in capo all'ANAC** all'esito del procedimento sanzionatorio e si evidenzia in tal senso il rischio che i due procedimenti, avviati uno dalla stazione appaltante (limitatamente all'esclusione dalle proprie gare dell'operatore che non confermi i requisiti dichiarati) e l'altro dall'ANAC, si concludano con esiti contrastanti e/o non coerenti tra loro.

L'ANAC, infatti, potrebbe non annotare ai fini dell'esclusione da tutte le gare di appalto l'operatore segnalato, o annotarlo per un periodo di durata diversa rispetto al periodo di esclusione comminato dalla stazione appaltante ad esito del procedimento dalla medesima gestito, in forza del comma 2 dell'articolo 52 in esame.

A ciò si aggiungono le difficoltà che le stazioni appaltanti dovrebbero affrontare nel gestire un procedimento che richiede un pieno ed integrale contraddittorio con l'operatore, nonché una competenza specifica sulla valutazione dell'imputabilità delle dichiarazioni non veritiere rese.

Sussiste quindi il rischio di incrementare il contenzioso relativo alle annotazioni ed al pregiudizio che le imprese lamentano. Tale rischio potrebbe essere eliminato affidando ad ANAC il compito di svolgere il procedimento sanzionatorio e lasciando che la stazione appaltante interessata si adegui al provvedimento adottato all'esito di tale procedimento.

Si propone, pertanto, il seguente emendamento dell'articolo 52 dello schema di codice:

"Articolo 52. Controllo sul possesso dei requisiti.

[...]

*2. Quando in conseguenza della verifica non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, e alla comunicazione all'ANAC, **nei successivi 10 giorni, ai fini dell'adozione di tutti i provvedimenti conseguenti alla sospensione dell'operatore economico***

~~dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a 12 mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento".~~

Articolo 54. Esclusione automatica delle offerte anomale.

L'articolo 54, comma 1, dello schema di codice, prevede che: *"Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. (...)".*

La formulazione secondo cui le stazioni appaltanti *"prevedono negli atti di gara, l'esclusione automatica..."* rischia di riproporre il dubbio sulla obbligatorietà o meno dell'istituto, vale a dire se l'esclusione automatica si applichi anche in assenza di una esplicita previsione negli atti di gara, etero-integrando gli stessi.

Tenuto conto che il secondo comma impone l'obbligo di indicare il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, si desume che, se l'esclusione automatica non è prevista negli atti di gara, la stessa non è applicabile.

Inoltre, in relazione al medesimo comma, si evidenzia il mancato riferimento ai contratti di forniture, che andrebbero, invece ugualmente ricompresi nell'ambito di applicazione della disciplina.

Pertanto, si suggerisce di chiarire la portata precettiva della norma con il seguente emendamento:

"Articolo 54. Esclusione automatica delle offerte anomale.

*1. Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori, ~~o servizi~~ **o forniture** di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara, **pena l'impossibilità della relativa applicazione**, l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. [...]"*

Articolo 56. Appalti esclusi nei settori ordinari.

L'articolo 56 dello schema di codice individua le tipologie di appalti pubblici cui non si applicano le disposizioni del codice relative ai settori ordinari, prevedendo al comma 2 che: *"Le disposizioni del codice relative ai settori ordinari non si applicano anche al caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici, fermo restando il rispetto degli articoli 94, 95 e 98."*

Al fine di evitare che nell'ambito delle convenzioni previste dal comma 2 si realizzino forme di partenariato pubblico privato sottratte all'applicazione delle relative procedure come disciplinate dagli articoli 174 e

seguenti dello schema di codice, si potrebbe inserire una precisazione relativa alla necessità che il soggetto che si impegna alla realizzazione dell'opera pubblica non ne abbia benefici economici.

Si suggerisce di modificare l'articolo 56, comma 2, dello schema di codice, nel modo che segue:

"Articolo 56. Appalti esclusi nei settori ordinari.

[...]

*2. Le disposizioni del codice relative ai settori ordinari non si applicano anche al caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa, **senza benefici economici attuali e futuri**, e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici, fermo restando il rispetto degli articoli 94, 95 e 98."*

Articolo. 58 Suddivisione in lotti.

L'articolo 58 dello schema di codice prevede la disciplina della suddivisione degli appalti in lotti; in particolare, il comma 3 dispone che nel bando o nell'avviso di indizione della gara *"... le stazioni appaltanti indicano i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, avuto riguardo ai parametri indicati al comma 2. È in ogni caso vietato l'artificioso accorpamento dei lotti."*

Si rileva che è assente un criterio per individuare **l'artificioso accorpamento dei lotti**, che è invece presente per il caso contrario di artificioso frazionamento dell'appalto per sfuggire alle regole comunitarie. In tal senso si potrebbe utilizzare, quale parametro per stabilire la ricorrenza di un artificioso accorpamento dei lotti, il riferimento al *Common Procurement Vocabulary* (CPV) che, come noto, è un sistema di classificazione europeo per categorizzare l'oggetto dei contratti d'acquisto pubblici e chiedendo la dimostrazione dell'impossibilità di separare le prestazioni.

Si potrebbe, quindi, integrare il comma 3 dell'articolo 58 dello schema di codice, aggiungendo un altro periodo nel modo che segue:

"Articolo 58. Suddivisione in lotti.

[...]

*3. [...] **Si considera artificioso l'accorpamento dei lotti qualora il Common Procurement Vocabulary delle diverse prestazioni sia differente e la stazione appaltante non abbia motivato l'impossibilità di tenerle separate per motivi tecnici o economici**."*

PARTE II - DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI.

Articolo 59. Accordi quadro.

Gli articoli 59 e 154, dello schema codice, recanti la disciplina degli accordi quadro, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali, ripropongono la previgente formulazione di cui all'articolo 54 del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50.

L'unica differenza si rileva nel termine di durata dell'accordo quadro, previsto ora, sia per i settori ordinari, che per i settori speciali, come non superiore a 4 anni (in precedenza il termine era di 8 anni per i settori speciali).

Al riguardo, considerate le numerose criticità rilevate in sede di vigilanza sull'applicazione dei contratti quadro - sia per nuove opere che per appalti di servizi di natura intellettuale e servizi tecnici di progettazione - **sarebbe utile circoscrivere i limiti di applicazione dell'istituto**, chiarendo che le prestazioni oggetto di tali lavori e servizi devono essere riconducibili ad elementi standardizzabili e ripetibili, per i quali le stazioni appaltanti non possono predeterminare con certezza il se, il quando e il quantum delle prestazioni.

Si propone, infine, di introdurre al comma 5, della disposizione in esame, un'ulteriore lettera al fine di consentire alle stazioni appaltanti, nell'ambito degli accordi quadro effettuati su un elenco di prestazioni con prezzi unitari, di individuare l'operatore economico tra quelli ammessi all'accordo quadro sulla base del prezzo più basso in relazione alle specifiche prestazioni richieste.

Alla luce di tali considerazioni, il testo dell'articolo 59 dello schema di codice potrebbe essere così riformulato:

"Articolo 59. Accordi quadro.

*1. Le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro **per prestazioni aventi ad oggetto elementi standardizzabili e ripetibili** di durata non superiore a quattro anni, salvo casi eccezionali debitamente motivati, in particolare con riferimento all'oggetto dell'accordo quadro.*

[...].

5. Gli eventuali confronti competitivi di cui al comma 4 si basano sulle stesse condizioni applicate all'aggiudicazione dell'accordo quadro, se necessario precisandole, e su altre condizioni indicate nei documenti di gara per l'accordo quadro, secondo la seguente procedura:

[...]

e) nel caso di accordo quadro con più operatori economici scelti sulla base di un elenco prezzi di singole prestazioni, l'operatore economico è individuato, in relazione alla specifica prestazione richiesta, comparando le diverse offerte e scegliendo la più conveniente dal punto di vista economico".

Articolo 60. Revisione prezzi.

L'articolo 60, comma 1, dello schema di codice, dispone che nei documenti di gara delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione dei prezzi.

Il comma 2 specifica che: *"Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa."*

Si rilevano diversi elementi critici in relazione a quanto disposto dalla norma.

In via generale corre l'obbligo di evidenziare che **la revisione automatica dei prezzi, nei limiti previsti del 5%, sembrerebbe assorbire quasi totalmente il rischio di impresa a carico degli operatori economici**, modificando indiscriminatamente l'elemento del prezzo, che è una componente essenziale rispetto alla procedura di gara e al contratto stesso.

Se qualsiasi cambiamento che incida per il 5% comportasse un'automatica revisione dei prezzi si rischierebbe di compromettere l'economicità della gara e di aggravare l'attività della stazione appaltante. Si ritiene che il comportamento fisiologico dei contraenti non sia quello di contestare qualsiasi modifica del prezzo, ma che ciò possa essere attuato soltanto al verificarsi di situazioni eccezionali/emergenziali.

In tal senso occorre circoscrivere l'applicazione della norma e di rendere più stringente la disposizione.

Si rileva, altresì, la mancata individuazione delle modalità con cui attivare le clausole di cui all'articolo 60, in quanto le modalità descritte nell'articolo 120, che riprendono la disciplina delle modifiche contrattuali disciplinate nell'articolo 106 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non sembrano applicabili. Si desume che la clausola di revisione prezzi si applichi in maniera automatica al verificarsi delle "particolari condizioni di natura oggettiva", sopra descritte.

L'articolo 60, comma 3, dispone, poi, che: *"Per l'applicazione del presente articolo si utilizzano indici sintetici delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture, approvati dall'ISTAT con proprio provvedimento entro il 30 settembre di ciascun anno, d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Con il medesimo provvedimento si definisce e si aggiorna la metodologia di rilevazione e si indica l'ambito temporale di rilevazione delle variazioni."*

Si rileva che, in tema di revisione dei prezzi, non è stato attuato in pieno il criterio direttivo di cui all'articolo 1 comma 2 lett. g) della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, il quale dispone la *"previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compreso il costo derivante dal rinnovo dei CCNL nazionali sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa"*.

Il criterio, generalizzato a tutti i contratti pubblici, dovrebbe contribuire, nella sua puntuale declinazione normativa, a colmare l'attuale vuoto normativo esistente per i meccanismi compensativi per servizi e forniture, includendo la previsione del costo derivante dal rinnovo dei CCNL.

Si propone quindi di modificare l'articolo 60 dello schema di codice nel modo che segue:

"Articolo 60. Revisione prezzi.

[...]

*2. Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano **esclusivamente** al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta [...].*

3. Per l'applicazione del presente articolo si utilizzano:

a) indici sintetici delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture, approvati dall'ISTAT con proprio provvedimento entro il 30 settembre di ciascun anno, d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Con il medesimo provvedimento si definisce e si aggiorna la metodologia di rilevazione e si indica l'ambito temporale di rilevazione delle variazioni;

b) i costi derivanti dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali e territoriali di cui all'articolo 11 comma 1".

PARTE III - DEI SOGGETTI.

PARTE V - DELLO SVOLGIMENTO DELLE PROCEDURE.

Articolo 91. Domande, documento di gara unico europeo, offerte.

Articolo 94. Cause di esclusione automatica: necessità di prevedere la dichiarazione del titolare effettivo.

L'articolo 94 dello schema di codice elenca le cause di esclusione automatica dalla partecipazione alle procedure di appalto, tra le quali le condanne per i reati elencati al comma 1 e le misure interdittive antimafia previste dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, *"Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136"*, secondo quanto previsto dal comma 2.

Con riferimento a tali cause di esclusione, il successivo comma 3 contiene l'elenco dei soggetti che, laddove siano destinatari di sentenze o decreti di condanna, ovvero di misure interdittive, comportano l'esclusione dell'operatore economico, con l'ulteriore precisazione, al comma 4, relativa all'ipotesi di socio persona giuridica.

Questa Autorità ha più volte avuto modo di rilevare **la questione della corretta individuazione del c.d. "titolare effettivo" nelle procedure di appalto**, chiedendo l'introduzione di uno specifico obbligo dichiarativo del titolare effettivo delle società che partecipano a tali procedure, allo scopo di evitare l'elusione delle garanzie previste dal codice a tutela dei principi cardine in materia di contratti pubblici e assicurare la prevenzione dei fenomeni corruttivi, analogamente a quanto avviene per le attività di controllo e rendicontazione degli interventi compresi nel PNRR.

In questo modo la disciplina del codice dei contratti pubblici risulterebbe coordinata con le previsioni del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, recante *"Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione"* – il cui articolo 20 contiene anche una definizione normativa di titolare effettivo⁸ –, nonché con il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze dell'11 marzo 2022, n. 55, tenuto conto anche dei documenti del

⁸ Nel caso di soggetti diversi dalle persone fisiche, il titolare effettivo è inteso come *"la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente ovvero il relativo controllo"*, secondo quanto previsto dall'articolo 20, comma 1, del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231. Nei commi seguenti inoltre, la richiamata disposizione elenca infatti i criteri per la determinazione della titolarità effettiva di clienti diversi dalle persone fisiche, la cui individuazione resta fondamentale per i fini di prevenzione e contrasto dell'uso del sistema economico e finanziario a scopo di riciclaggio e finanziamento del terrorismo.

MEF recanti le *“Linee Guida per lo svolgimento delle attività connesse al Monitoraggio del PNRR”* adottate il 14 giugno 2022.

A tal fine, alla lettera h) del comma terzo dell’articolo 94 dello schema di codice, risulterebbe opportuno **sostituire il riferimento all’amministratore di fatto**, che non ha una precisa connotazione giuridica, **con quello al titolare effettivo** per il quale esiste una specifica normativa cui si può attingere.

In tal modo, le cause di esclusione in questione opererebbero nei confronti dei soggetti elencati nel comma terzo, sia nel caso in cui siano formalmente incaricati delle relative funzioni (di rappresentanza, direzione e controllo), sia nell’ipotesi in cui le svolgano di fatto.

Per garantire la conoscibilità del dato sul titolare effettivo del contratto, sarebbe altresì necessario prevedere nel precedente articolo 91, comma 2, **anche la specifica dichiarazione da parte dell’appaltatore**, in modo da consentire il superamento del principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall’articolo 10, comma 2, dello schema di codice.

Sempre allo stesso fine, in calce alla suddetta disposizione (articolo 91, comma 2), potrebbe prevedersi l’inserimento di un ulteriore comma nel quale prevedere espressamente la necessaria collaborazione, ai fini dell’individuazione del titolare effettivo e l’inserimento del dato nell’Anagrafe degli operatori economici di cui all’articolo 31 dello schema di codice, tra ANAC e l’Unità di Informazione Finanziaria istituita presso la Banca d’Italia.

Tali modifiche, unitamente al proposto riferimento al titolare effettivo da inserire nell’articolo 31 dello schema di codice (si vedano le osservazioni relative a detto articolo) renderebbero possibile effettuare i prescritti controlli tramite interoperabilità tra il fascicolo virtuale dell’operatore economico e l’Anagrafe degli operatori economici, sistema non utilizzabile se invece si continuasse a far riferimento ad una figura astrattamente individuata; oltre che a garantire lo scambio di informazioni tra ANAC e l’Unità di Informazione Finanziaria.

Si suggerisce, pertanto, di integrare il comma secondo dell’articolo 91 dello schema di codice, nonché di modificare la lettera h) del comma terzo dell’articolo 94, ed aggiungere in calce al comma quinto una nuova lettera g), come segue:

“Articolo 91. Domande, documento di gara unico europeo, offerte.

*2. La domanda di partecipazione contiene gli elementi di identificazione del concorrente, **anche ai fini dell’individuazione della titolarità effettiva del concorrente diverso dalla persona fisica**, e l’indicazione [...].*

2-bis. ANAC e Unità di Informazione Finanziaria per l’Italia istituita presso la Banca d’Italia collaborano scambiando informazioni ai fini dell’individuazione della titolarità effettiva del concorrente diverso dalla persona fisica. Le modalità di svolgimento della predetta collaborazione sono regolate mediante protocolli d’intesa tra le due autorità”.

“Articolo 94. Cause di esclusione automatica.

3. L’esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti:

[...];

*h) ~~dell’amministratore di fatto~~ **del titolare effettivo** nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.*

5. Sono altresì esclusi:

g) l'operatore economico che ha commesso gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014".

Articolo 95. Cause di esclusione non automatica: gravi infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro.

L'articolo 95, comma 1, lettera a) dello schema di codice, prevede, tra le cause di esclusione non automatica, quella relativa alle gravi infrazioni alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro.

A ben vedere, tale fattispecie appare **maggiormente assimilabile alle cause di esclusione automatiche**, con riferimento alle quali non è prevista una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, la quale, non possedendo competenze ed elementi sufficienti all'accertamento di questa tipologia di infrazioni, non può che limitarsi alla verifica delle certificazioni previste in materia.

Pertanto, al fine di evitare il rischio dell'elevato contenzioso che potrebbe scaturire dalla decisione della stazione appaltante in merito alla sussistenza della causa di esclusione in questione, risulterebbe opportuno **inserire, come proposto, la fattispecie tra le cause di esclusione automatica** previste nel precedente articolo 94.

L'articolo 95 dello schema di codice risulterà quindi così modificato:

"Articolo 95. Cause di esclusione non automatica.

~~1. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: a) sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;~~

[...]

Articolo 99. Verifica del possesso dei requisiti.

L'articolo 99 dello schema di codice è dedicato alle modalità attraverso le quali la stazione appaltante verifica il possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici.

A tal fine la disposizione in questione, sia con riferimento alle cause di esclusione automatiche di cui all'articolo 94 (comma 1), che in relazione a quelle non automatiche di cui all'articolo 95 e agli altri requisiti di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103 (comma 2), prevede che tali verifiche siano effettuate attraverso *"la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24, la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni"*.

Tale formulazione lascia intendere che la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico non sia l'unica modalità di verifica dei requisiti in questione, in quanto non è prevista alcuna priorità di questo sistema, rispetto alla consultazione degli altri documenti e/o delle altre banche dati a cui fa riferimento.

Analoghe considerazioni sono state svolte rispetto all'espressione utilizzata nell'articolo 24.

Il rischio concreto è quello di vanificare le esigenze di semplificazione, trasparenza e prevenzione della corruzione perseguite proprio attraverso l'implementazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico, strumento nel quale far confluire tutte le informazioni necessarie ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Il sistema, infatti, dovrebbe prevedere un unico strumento – il fascicolo virtuale dell'operatore economico appunto – da utilizzare per le verifiche in questione, strumento per il tramite del quale garantire l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.

Si propone, quindi, di modificare in tal senso il comma 1 dell'articolo 99 dello schema di codice:

"Articolo 99. Verifica del possesso dei requisiti.

1. La stazione appaltante verifica l'assenza di cause di esclusione automatiche di cui all'articolo 94 attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24, ~~la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50 ter del decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.~~ [...]"

Articolo 100 e Allegato II.12. Requisiti di ordine speciale e sistema di qualificazione.

L'articolo 100 dello schema di codice contiene la disciplina dei requisiti di ordine speciale – idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, capacità tecniche e professionali – necessari per la partecipazione alle procedure di affidamento, rinviando all'allegato II.12, destinato ad essere sostituito da un successivo regolamento, le disposizioni relative al sistema di qualificazione degli esecutori di lavori e ai requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura.

Si rappresentano, innanzitutto, alcune osservazioni di carattere generale relative alle previsioni di cui all'articolo 100 dello schema di codice.

La lettera c) del comma 9 della disposizione in esame, in tema di sistema di qualificazione per l'esecuzione di lavori, demanda al regolamento di cui al settimo periodo del precedente comma 4 – regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC –, anche **la disciplina delle "modalità dell'esercizio dell'attività di vigilanza da parte dell'ANAC"**.

Tale previsione, considerato che il regolamento in questione coinvolge ANAC unicamente all'esito del processo di stesura della disciplina del sistema di qualificazione e dell'identificazione dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria ("sentita l'ANAC"), potrebbe porsi in contrasto con l'autonomia di ANAC quale autorità amministrativa indipendente: le modalità di esercizio dell'attività di vigilanza sugli organismi di attestazione, al pari degli altri ambiti in cui si esplica la sua attività ispettiva e di vigilanza, risulta espressione delle prerogative proprie, riconosciute al fine di garantirne imparzialità e indipendenza rispetto agli interessi coinvolti. Ne consegue l'opportunità di riformulare la

disposizione in esame al fine di circoscrivere l'oggetto della disciplina regolamentare esclusivamente alle indicazioni contenute nell'articolo 12 dell'allegato II.12 allo schema di codice, riservando alla sua autonomia regolamentare la definizione delle concrete modalità di esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici.

Peraltro, in via generale, si suggerisce anche di formalizzare un coinvolgimento di ANAC più significativo nell'ambito dell'intero processo di stesura del regolamento di cui al comma 4 della disposizione in esame, **sostituendo l'inciso "sentita l'ANAC" con l'inciso "d'intesa con ANAC"**.

Si formulano quindi le seguenti proposte di emendamento dell'articolo 100 dello schema di codice:

Per quanto attiene al sistema di qualificazione per l'esecuzione di lavori, come disciplinato dall'articolo 100 in esame e dall'allegato II.12, si osserva quanto segue.

Innanzitutto si osserva che dalle disposizioni dello schema di codice **non risulta sempre chiaro il rapporto tra il sistema di qualificazione e il fascicolo virtuale dell'operatore economico**: in particolare non si comprende se il sistema di qualificazione si integri o, piuttosto, si sovrapponga al fascicolo virtuale dell'operatore economico.

Nell'ottica di un fascicolo virtuale dell'operatore economico finalizzato a semplificare la raccolta di tutti i dati relativi ai partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici, aggregando in un unico sistema la verifica dei requisiti, sarebbe opportuno fugare ogni dubbio circa il valore certificativo dei dati in esso contenuti.

In questo contesto mal si comprende il significato sotteso alla disposizione contenuta nell'articolo 100, comma 8, lettera e), dello schema di codice, laddove si prevede che il regolamento relativo al sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, debba prevedere **"e) le modalità di verifica a campione compiute dagli organismi di attestazione"**.

Le SOA, infatti, dovrebbero attingere, per le loro verifiche, ai dati contenuti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico che, in quanto già inseriti nel sistema, non dovrebbe necessitare di ulteriori verifiche circa la sussistenza dei requisiti a cui si riferiscono.

Tale assunto appare in contrasto con la previsione contenuta nell'articolo 11, comma 1 lettera f), dell'allegato II.12, che attribuisce alle SOA il compito di *"f) verificare la veridicità e la sostanza delle dichiarazioni, delle certificazioni e delle documentazioni, di cui all'articolo 18, presentate dai soggetti cui rilasciare l'attestato, nonché il permanere del possesso dei requisiti di cui all'articolo 18, comma 1 [requisiti di ordine generale occorrenti per la qualificazione indicati dal codice]"*.

Senza considerare, inoltre, che un sistema di verifica a campione dei requisiti sarebbe inidoneo a soddisfare la necessità, da sempre affermata da questa Autorità, della **verifica di tutti i requisiti di qualificazione**.

Allo stesso modo, l'articolo 16 dell'allegato II.12 prevede che la SOA richiedano agli operatori economici che intendano ottenere l'attestazione di qualificazione documentazione già presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, oltre che in altre banche dati della pubblica amministrazione, accrescendo gli oneri per gli stessi.

Si formulano quindi le seguenti proposte di emendamento dell'articolo 100 dello schema di codice:

"Articolo 100. Requisiti di ordine generale.

4. [...] In sede di prima applicazione del codice l'allegato II.12 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1,

della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, ~~sentita d'intesa con~~ ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

[...]

*8. Con il regolamento di cui al ~~quinto~~**sesto** del comma 4, sono in ogni caso disciplinati:*

[...]

e) le modalità di verifica ~~a campione~~ compiute dagli organismi di attestazione;

*9. Relativamente agli organismi di attestazione, con il regolamento di cui al ~~settimo~~**sesto** periodo del comma 4, sono in ogni caso disciplinati:*

[...]

c) nel rispetto della sua autonomia regolamentare, le modalità dell'esercizio dell'attività di vigilanza da parte dell'ANAC; [...]".

Sempre in tema di requisiti di qualificazione, come disciplinati dall'articolo 18 dell'allegato II.12, dedicato appunto ai "requisiti degli operatori economici", e al tema del rapporto tra verifiche SOA e fascicolo virtuale dell'operatore economico, si osserva quanto segue:

- il comma 1 si limita a rinviare alle indicazioni del codice in merito all'identificazione dei requisiti di ordine generale occorrenti per la qualificazione, senza chiarire estensione e modalità delle verifiche effettuate dalle SOA in relazione a tali requisiti;

- il comma 2 demanda al provvedimento di ANAC di cui all'articolo 24, comma 4 del codice (provvedimento di ANAC, adottato d'intesa con MIT e AgID, che individua le tipologie di dati da inserire nel fascicolo virtuale dell'operatore economico in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici) la determinazione dei documenti che dimostrano la sussistenza dei requisiti per la qualificazione;

- il comma 3 stabilisce che le SOA richiedano il certificato integrale del casellario giudiziale e il documento unico di regolarità contributiva, senza alcun riferimento alla possibilità di far ricorso al fascicolo virtuale dell'operatore economico;

- il comma 4 sembra affermare, al fine di identificare la falsa dichiarazione e le sue conseguenze, che gli operatori economici siano tenuti a presentare la documentazione in relazione ai requisiti di qualificazione, senza considerare che detta documentazione risulta già presente nelle banche dati degli enti certificatori e nel fascicolo virtuale dell'operatore economico.

Anche in tema di sistema di qualità aziendale che le imprese debbono possedere ai fini della qualificazione per l'esecuzione di lavori, si rilevano problemi di coordinamento tra la disciplina contenuta nell'articolo 4 dell'allegato II.12 e le disposizioni dello schema di codice in tema di Banca dati nazionale dei contratti pubblici – quale unico strumento utilizzabile per la verifica dei requisiti –, di fascicolo virtuale dell'operatore economico e di interoperabilità delle banche date esistenti.

La disciplina contenuta nell'allegato II.12 – che effettivamente riproduce le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 rimaste in vigore – necessita quindi di un'attenta revisione al fine di essere adeguata rispetto alle novità introdotte nello schema di codice in materia di fascicolo virtuale dell'operatore economico e alle modalità di verifica dei dati in esso inseriti tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Più puntualmente, in relazione all'articolo 18, comma 4, dell'allegato II.12, si segnala che la sanzione interdittiva al conseguimento della nuova attestazione di qualificazione per il periodo fisso di un anno, prevista per il caso di accertata falsità della documentazione, non risponde alle indicazioni della giurisprudenza, cristallizzate anche a livello normativo già nel vigente codice dei contratti, circa il rispetto del principio di gradualità della sanzione.

Articolo 109. Reputazione dell'impresa.

L'articolo 109 dello schema di codice ripropone, semplificandolo, l'articolo 83, comma 10, del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50, rimasto di fatto inapplicato. Tuttavia questa Autorità, sulla base della propria esperienza, intende fornire alcune indicazioni al fine di integrare la disposizione in esame.

Innanzitutto, al fine di evitare che il sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni previsto nel comma primo dell'articolo 109 sia considerato come requisito ulteriore di qualificazione dell'operatore economico, non previsto dalle direttive comunitarie, pare utile chiarire che esso debba essere utilizzato nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In tal modo è possibile evitare che gli indici qualitativi e quantitativi posti alla base del sistema finiscano per sovrapporsi a quelli del grave illecito professionale, con il rischio che la medesima fattispecie venga considerata più volte al medesimo fine (la partecipazione alle gare).

Risulterebbe, inoltre, opportuno eliminare il riferimento agli *"accertamenti definitivi"*, in modo da escludere che gli accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa nella fase esecutiva, il rispetto della legalità e l'impegno sociale si aggiungano ad altri indici qualitativi e quantitativi non meglio specificati.

Peraltro, porre alla base del sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni un accertamento "definitivo" rischia di svilirne l'utilità, dal momento che l'accertamento di una determinata fattispecie potrebbe necessitare di un periodo di tempo lungo rispetto al verificarsi della fattispecie stessa, con il rischio concreto che l'operatore economico ne risenta in termini reputazionali, non in prossimità dell'evento, ma con anni di ritardo, magari dopo aver adottato misure per il superamento del comportamento penalizzante e/o non essere incorso in altre violazioni.

Dall'altro lato, la "definitività" dell'accertamento richiesta nel sistema reputazionale, ove più indici sono considerati ai fini della valutazione complessiva del concorrente, risulterebbe non in linea rispetto alla disciplina del grave illecito professionale che, invece, prevede che anche una singola violazione non definitivamente accertata porti all'esclusione del concorrente.

Si formulano quindi le seguenti proposte di modifica dell'articolo 109, dello schema di codice:

"Articolo 109. Reputazione dell'impresa.

1. È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori. Il sistema è fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi debitamente accertati, che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, l'impegno sul piano sociale. Nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, compatibilmente con il diritto comunitario e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere un punteggio incrementale sulla base del sistema di monitoraggio delle prestazioni.

[...]”.

Articolo 111. Avvisi relativi agli appalti aggiudicati.

In tema di avvisi relativi agli appalti aggiudicati, l’articolo 111, comma 4, dello schema di codice sembra indicare che siano le stazioni appaltanti ad inviare l’avviso di aggiudicazione di un appalto all’Ufficio delle pubblicazioni dell’Unione europea per la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

La disposizione, così come formulata, potrebbe risultare in contrasto con quanto previsto dall’articolo 27, comma 1, dello schema di codice, il quale prevede che *“la pubblicità degli atti è garantita dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, mediante la trasmissione dei dati all’Ufficio delle pubblicazioni dell’Unione europea e la loro pubblicazione ai sensi degli articoli 84 e 85 [...]”*.

Sarebbe, quindi, opportuno coordinare le due disposizioni, modificando il testo della disposizione in esame in tal senso:

“Articolo 111. Avvisi relativi agli appalti aggiudicati.

[...]”

*4. Le stazioni appaltanti, ai fini della trasmissione ai sensi dell’articolo 27, comma 1, inviano all’Ufficio delle pubblicazioni dell’Unione europea, conformemente a quanto previsto dall’articolo 83, **garantiscono l’inserimento nelle piattaforme di approvvigionamento digitale di cui all’articolo 25 di un avviso di aggiudicazione di appalto entro 30 giorni dall’aggiudicazione di ogni appalto basata su un sistema dinamico di acquisizione. Esse possono tuttavia raggruppare gli avvisi su base trimestrale. In tal caso, inviano gli avvisi raggruppati al più tardi 30 giorni dopo la fine di ogni trimestre”**.*

PARTE VI -DELL’ESECUZIONE.

Articolo 119. Subappalto.

La disposizione normativa mantiene sostanzialmente i contenuti dell’articolo 105 del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50.

Le criticità rilevate interessano i commi 12 e 14.

L’articolo 119, comma 12, stabilisce che: *“Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l’oggetto dell’appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell’oggetto sociale del contraente principale.”*

Il primo periodo sembra far riferimento, seppur con utilizzo di termini diversi, al concetto di equivalenza previsto all'articolo 11, che essendo un principio generale si dovrebbe presumere implicitamente richiamato. Il secondo periodo, invece, richiede l'applicazione dello stesso CCNL applicato dal contraente principale. Tale disposizione potrebbe creare problemi comportando, di fatto, che il subappaltatore debba applicare ai suoi dipendenti CCNL diversi a seconda della commessa che esegue. Quindi, sarebbe preferibile far ricorso anche qui (come per l'articolo 11) al concetto di equivalenza dei CCNL. Inoltre, la stessa previsione del comma 12 non è stabilita per il sub subappaltatore e, quindi, andrebbe introdotta la stessa previsione anche per i subappalti a cascata.

Il comma 14 stabilisce che *“Per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso irregolare il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori edili, è verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro e delle politiche sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.”*

La previsione è generale, non vale solo in caso di subappalto. Quindi sarebbe preferibile una diversa collocazione.

La principale novità dell'istituto del subappalto consiste nell'eliminazione del divieto del c.d. subappalto a cascata, previsto dal comma 19 dell'articolo 105 del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50.

Il Consiglio di Stato, nella relazione illustrativa del 7 dicembre 2022, ha evidenziato che la nuova configurazione del subappalto a cascata consegue alla necessità di adeguarsi ai rilievi formulati dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione UE, nell'ambito della procedura di infrazione a carico dell'Italia n. 2018/2273, con la lettera di costituzione in mora del 24 gennaio 2019 e, da ultimo, con la lettera di costituzione in mora del 6 aprile 2022. In tali atti la Commissione aveva rilevato tra l'altro che, in base alle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE *“gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori”*.

L'articolo 119, al comma 17, nel disciplinare l'istituto del subappalto a cascata prevede che la stazione appaltante indica, nei documenti di gara, le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur astrattamente subappaltabili, non possano formare oggetto di ulteriore subappalto *“in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali”*.

Dal dato testuale sembra evincersi un obbligo per la stazione appaltante di indicare nei documenti di gara le prestazioni che non possono essere ulteriormente subappaltate con una congrua motivazione che indichi puntualmente i presupposti di fatto e le ragioni della scelta operata.

Tale indicazione deve essere, infatti, preceduta da una valutazione della stazione appaltante, da un lato in merito alle specifiche caratteristiche dell'appalto, alla natura o complessità delle prestazioni da effettuare e, dall'altro, in merito all'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro, o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori.

Tuttavia, il successivo periodo specifica che si prescinde da tale ultima valutazione (rischio di infiltrazioni criminali) quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'articolo 1, co. 52 L. 190/2012, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori.

Non è chiaro se la valutazione del rischio di infiltrazioni criminali vada fatta in sede di redazione dei documenti di gara e, dunque, attenga all'oggetto dell'appalto, oppure vada fatta a valle, al momento della valutazione delle caratteristiche soggettive del sub-sub appaltatore, in quanto il comma 17 esonera espressamente la stazione appaltante dalla valutazione del rischio di infiltrazioni criminali quando i subappaltatori ulteriori sono iscritti nelle *White list* delle Prefetture oppure nell'Anagrafe antimafia degli esecutori del Ministero dell'Interno.

Si osserva inoltre che, se la valutazione dovesse essere fatta a monte, il riferimento al generico rischio di "infiltrazioni criminali" appare troppo discrezionale e non ancorato né a parametri oggettivi né alle fonti informative a cui dovrebbe attingere la stessa stazione appaltante. Un utile parametro di riferimento potrebbe essere costituito dall'elenco delle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 1, comma 53, della legge 190/2012; tuttavia non sembrerebbe sufficiente in quanto la "criminalità" è più ampia dell'associazionismo con finalità mafiosa e nell'ambito degli appalti pubblici ha colpito anche altri settori (es. sanità, accoglienza, ecc.).

In ogni caso, in generale si ritiene che il sistema configurato dall'articolo 119, comma 17, **possa creare qualche criticità in campo applicativo, poiché lascia un'ampia discrezionalità alla stazione appaltante nell'individuazione delle prestazioni che non possono essere ulteriormente subappaltate**, senza fornire utili indicazioni cui potersi riferire anche al fine di favorire omogenee interpretazioni della norma e un'attuazione univoca da parte delle S.A.

La sussistenza di prestazioni subappaltabili che possono formare oggetto di ulteriore subappalto comporta, inoltre, un naturale incremento dei controlli da parte della stazione appaltante, che dovrà rafforzarli sia in fase di autorizzazione, in particolare verificando l'idoneità dei subappaltatori, che in corso di esecuzione.

Infatti, il subappalto a cascata potrebbe accrescere il rischio del ricorso a subappalti non autorizzati (con conseguente integrazione del reato previsto dall'articolo 21 della Legge 13 settembre 1982, n. 646).

Articolo 120. Modifica dei contratti in corso di esecuzione.

L'articolo 120, comma 5, dello schema di Codice recita come segue: *"Sono sempre consentite, a prescindere dal loro valore, le modifiche non sostanziali."*

L'articolo 120 riproduce una disposizione dell'articolo 72 della Direttiva 2014/24/Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio, apportando alcune modifiche ed integrazioni; tuttavia il considerando n. 107⁹ della Direttiva chiarisce che la non sostanzialità della modifica deve essere una condizione generale di ammissibilità.

Viceversa il comma 5 – nel prevedere che *"sono sempre consentite, a prescindere dal loro valore, le modifiche non sostanziali"* – dà adito ad un'interpretazione di liberalizzazione delle varianti non sostanziali, non coerente con la previsione di limiti di importo contenuti nella stessa norma.

Si suggerisce, pertanto, di riformulare il comma 5 nel senso di escludere espressamente l'ammissibilità per le modifiche sostanziali.

⁹ Cfr. Considerando n.107: *"È necessario precisare, tenendo conto della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le condizioni alle quali le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di appalto. La nuova procedura d'appalto è necessaria quando sono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, in particolare all'ambito di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto in questione. Ciò si verifica in particolare quando le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di base nel caso in cui fossero già state parte della procedura iniziale"*.

Si osserva, inoltre, che il comma 7 considera non sostanziali – a prescindere da ogni valutazione sulla qualità e quantità delle modifiche e fermi restando i limiti di cui al comma 6 - le modifiche al progetto proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore con le quali, nel rispetto della funzionalità dell'opera *“a) si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni; b) si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera”*.

La formulazione di tale articolo pare richiamare, in senso lato, l'articolo 162 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, riferito alle varianti migliorative in diminuzione proposte dall'esecutore. Tuttavia, la formulazione contenuta nel nuovo codice, comunque non prevista dalla direttiva, appare ridondante rispetto all'attuale formulazione del comma 5 e invero parrebbe tesa a consentire modifiche progettuali in corso d'esecuzione in termini piuttosto ampi, lasciando un'eccessiva discrezionalità in capo alla stazione appaltante e rendendo difficilmente sindacabili le scelte fatte dalla stazione appaltante.

Per tali ragioni si propone di espungere il comma 7.

Infine, in merito a quanto previsto dal comma 14, in tema di pubblicazione dell'avviso di modifica del contratto a cura della stazione appaltante, si rinvia a quanto già osservato con riferimento all' articolo 111, comma 4 (*“Avvisi relativi agli appalti aggiudicati.”*)

Si formulano quindi le seguenti proposte di modifica dell'articolo 120 dello schema di codice:

“Articolo 120. Modifica dei contratti in corso di esecuzione.

[...]

*5. ~~Sono sempre consentite~~, **Non sono mai consentite**, a prescindere dal loro valore, le modifiche ~~non~~ sostanziali”.*

[...]

7. ~~Non sono considerate sostanziali, fermi restando i limiti derivanti dalle somme a disposizione del quadro economico e dalle previsioni di cui alle lettere a) b) e c) del comma 6, le modifiche al progetto proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore con le quali, nel rispetto della funzionalità dell'opera:~~

~~a) si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni;~~

~~b) si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera.”~~

PARTE VII- DISPOSIZIONI PARTICOLARI PER ALCUNI CONTRATTI DEI SETTORI ORDINARI.

Articolo 140. Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile.

Con riferimento alle procedure di somma urgenza, disciplinate dall'articolo 140 dello schema di codice, la formulazione dell'articolo presenta le seguenti criticità:

- a) i primi commi (1-5) fanno riferimento unicamente ai lavori, mentre nei successivi commi non è chiaro se il riferimento sia solo ai lavori o anche ai servizi e forniture; considerato che siffatta distinzione non trova riscontro nelle disposizioni in questione – ad eccezione del contenuto del comma 9 effettivamente riferito agli appalti di servizi e forniture –, sarebbe più opportuno sostituire tutti i generici riferimenti ai “lavori” con la parola “affidamenti”;
- b) al comma 1 viene riproposto il limite massimo di 200.000 euro e contemporaneamente ne è previsto il superamento;
- c) al comma 6, sarebbe opportuno specificare che il termine non superiore a 15 giorni dall’insorgere dell’evento rappresenta il tempo massimo per affidare in somma urgenza; analogamente, il termine non superiore a 30 giorni di cui al comma 8 è da intendersi riferito alla durata dell’affidamento diretto autorizzato al di sopra dei limiti di cui al comma 1;
- d) il comma 9 prevede che *“quando i tempi resi necessari dalla circostanza di somma urgenza non consentano il ricorso alle procedure ordinarie...”*, non considerando che lo schema di codice non identifica le procedure ordinarie, né le distingue da altre considerate straordinarie;
- e) il comma 10 prevede la pubblicazione sul sito della stazione appaltante dei documenti relativi a tali tipologie di affidamenti e il contestuale invio ad ANAC. Sul punto valgono tutte le considerazioni già svolte in tema di semplificazioni degli adempimenti e sul ruolo della Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Articolo 141. Appalto nei settori speciali: ambito e norme.

L’articolo 141 dello schema di codice individua l’ambito di applicazione e la disciplina applicabile alle procedure di affidamento nei settori speciali.

Con riferimento a tale disposizione si osserva che il comma 5 fa riferimento, per escluderne la necessità, all’obbligo di “motivazione aggravata” per la suddivisione in lotti. Posto che tale tipologia di motivazione non figura in nessun’altra disposizione dello schema di codice, né corrisponde ad una determinata tipologia di motivazione, si propone di eliminare l’aggettivo aggravata.

Di seguito la formulazione dell’articolo 141 dello schema di codice nel senso proposto:

“Articolo. 141. Ambito e norme applicabili.

[...]

5. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono determinare le dimensioni dell’oggetto dell’appalto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo, senza obbligo di motivazione ~~aggravata~~ e tenendo conto delle esigenze del settore speciale in cui operano. Nel caso di suddivisione in lotti, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti indicano nel bando di gara, nell’invito a confermare interesse o, quando il mezzo di indizione di gara è un avviso sull’esistenza di un sistema di qualificazione, nell’invito a presentare offerte o a negoziare, se le offerte possono essere presentate per uno, per più o per l’insieme dei lotti.

[...]”.

LIBRO IV- DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E DELLE CONCESSIONI.

PARTE II -DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE.

Articolo 186. Affidamenti dei concessionari.

L'articolo 186 dello schema di codice, in attuazione di quanto contenuto nell'articolo 1, comma 2, lettere ff) e gg), della legge 21 giugno 2022, n. 78, "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*", riformula le previsioni contenute nell'articolo 177 del d.lgs.18 aprile 2016, n. 5, oggetto di censura da parte della Corte Costituzionale.

Con particolare riferimento alla nuova competenza di ANAC, relativa all'individuazione delle quote da esternalizzare, si osserva che le disposizioni in questione potrebbero determinare incertezza sul piano applicativo, da momento che non risultano predeterminati i criteri per mezzo dei quali individuare la quota di affidamenti in relazione al singolo contratto e le modalità di esercizio dei poteri di controllo di ANAC; solo per i concessionari autostradali è, infatti, prevista una compiuta disciplina in tale senso.

Al comma secondo della disposizione in esame risulterebbe, quindi, opportuno chiarire la base di calcolo da prendere in considerazione per la determinazione delle quote da esternalizzare; ciò anche in considerazione del fatto che le indicazioni fornite da ANAC in vigore dell'articolo 177 del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50 – Linee guida n. 11 del 4 luglio 2018¹⁰ – sono state oggetto di un notevole contenzioso.

Inoltre il comma quinto potrebbe descrivere più compiutamente l'oggetto dell'intervento regolatorio demandato ad ANAC, precisando che lo stesso non riguardi unicamente le modalità di calcolo delle quote da esternalizzare, ma anche tutti gli elementi utili all'individuazione di tali quote e alla definizione delle modalità e della tempistica delle verifiche.

Si propongono quindi le seguenti modifiche dell'articolo 186 dello schema di codice:

"Articolo 186. Affidamenti dei concessionari.

1. [...]

2. *I titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici, ad esclusione di quelli disciplinati dal Libro III, già in essere alla data di entrata in vigore del codice, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, e non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga, affidano mediante procedura ad evidenza pubblica una quota tra il 50 per cento e il 60 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture **nessari per l'esecuzione della concessione** stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario. **Nella base di calcolo rientrano i contratti eseguiti direttamente dal concessionario. Non si considerano affidati a terzi i contratti affidati o a qualsiasi titolo eseguiti da soggetti controllati o collegati al concessionario.** ~~L'ente concedente tiene~~ **La quota di esternalizzazione è stabilita tenendo** conto delle dimensioni economiche e dei caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati. L'affidamento*

¹⁰ Linee Guida n. 11, approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 614 del 4 luglio 2018, recanti "*Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea*".

avviene mediante procedura ad evidenza pubblica, con la previsione di clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità.

3. [...]

4. [...]

5. ~~Le modalità di calcolo delle quote di cui comma 2, primo periodo, sono definite dall'ANAC~~
L'ANAC entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice, con proprio provvedimento, fornisce indicazioni operative sulle modalità di individuazione delle quote di cui al comma 2, sulle modalità e sulla tempistica delle verifiche da parte del concessionario e sulle azioni da intraprendere per ristabilire la situazione di equilibrio. In particolare, le indicazioni fornite tengono conto dell'interesse dei concessionari e del relativo affidamento nella stabilità del rapporto instaurato con il concedente, nonché dell'interesse del concedente, degli utenti del servizio e del personale occupato nell'impresa. Sull'applicazione del presente articolo vigila l'ANAC anche tenuto conto del valore delle prestazioni eseguite.

6. [...]

7. [...]”.

Articolo 193. Finanza di progetto, procedura di affidamento.

Con riferimento all'articolo 193 dello schema di codice si evidenzia, anzitutto, che residuano alcuni refusi derivanti, con ogni probabilità, alle successive riscritture della disposizione.

Al comma 8 residua un riferimento al “punteggio premiale” da attribuirsi al promotore, fattispecie non identificata in altre disposizioni. Tale riferimento andrebbe quindi eliminato.

Più in generale, con riferimento all'istituto in esame, si rileva che il *project financing* rischia, in alcuni casi, di riconoscere impropri vantaggi competitivi all'operatore uscente il quale, avendo il vantaggio informativo di conoscere già il servizio oggetto della concessione, presenti una proposta finalizzata alla conferma della stessa.

Al fine di bilanciare la posizione del concessionario uscente e del promotore di una nuova procedura, nell'ottica di garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza, **si potrebbe valutare un correttivo che preveda** - riprendendo una previsione analoga a quella dell'attuale articolo 178, comma 8 bis del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50, valevole nell'ambito delle concessioni autostradali¹¹- **un generale divieto al concessionario uscente di risultare nuovo affidatario in qualità di promotore di una nuova procedura di project financing.**

Inoltre, si osserva che il riconoscimento del diritto di prelazione al promotore non aggiudicatario potrebbe costituire, in alcuni casi, un vantaggio improprio rispetto agli altri concorrenti, in danno ai principi di concorrenza¹².

¹¹ In merito, la CGUE, nell'ordinanza n. 835-19, ha rilevato come la citata disposizione sia finalizzata a garantire la massima apertura possibile alla concorrenza delle concessioni autostradali: poiché tale settore è stato aperto alla concorrenza solo recentemente, nell'ottica di evitare di riconoscere un qualsivoglia vantaggio, anche solo di fatto, ai concessionari uscenti, il legislatore italiano ha quindi optato per un sistema di gara pubblico, vietando l'alternativa costituita dall'aggiudicazione di concessioni autostradali mediante finanza di progetto.

¹² Sul punto si rammenta che la Commissione Europea, nel libro verde sul partenariato pubblico privato del 2004, al “considerando” n. 41 ha rilevato che, nei rapporti di partenariato, così come nel *project financing*, non devono essere adottate soluzioni che

Infatti, sebbene si comprenda la ratio della disposizione tesa a tutelare la posizione del promotore non aggiudicatario che potrebbe vedere vanificati i costi e gli sforzi della propria attività a vantaggio dell'aggiudicatario, si evidenzia altresì il fattore dissuasivo che tale previsione comporta.

A conferma di quanto premesso, le indagini conoscitive svolte da questa Autorità hanno verificato che **nei project financing per l'affidamento di servizi pubblici, di regola, non pervengono altre offerte oltre alla proposta del promotore** in quanto il possibile esercizio del diritto di prelazione produce, di fatto, un effetto anti-competitivo (cfr. Comunicato del Presidente ANAC del 12 gennaio 2022).

Al fine di temperare gli effetti negativi restrittivi della concorrenza, connessi al riconoscimento in capo al promotore del diritto di prelazione, si potrebbe introdurre una previsione che ne escluda l'esercizio, al verificarsi di alcune circostanze, garantendo al promotore, in ogni caso la rifusione delle spese per la predisposizione della proposta.

In particolare il **diritto di prelazione potrebbe essere vietato nel caso in cui l'offerta tecnica predisposta dal nuovo offerente abbia un punteggio di molto superiore**, ad esempio di oltre dieci punti, rispetto a quello assegnato all'offerta tecnica del promotore.

In questo modo, l'operatore economico che abbia, dal punto di vista tecnico, un'offerta "migliore" rispetto al promotore, non sarebbe più disincentivato alla partecipazione ad una procedura di *project financing* in quanto verrebbe fortemente limitato il rischio – presente nell'attuale assetto – che la propria offerta venga recepita dal promotore tramite l'esercizio del diritto di prelazione.

Si propone, quindi, di emendare l'articolo 193, comma 8, dello schema di codice, come segue:

"Articolo 193. Procedura di affidamento.

*8. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario ~~nonostante l'attribuzione del punteggio premiale o perché~~ non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo. **Il diritto di prelazione non opera se la differenza tra il punteggio attribuito all'offerta tecnica dell'aggiudicatario e quello assegnato all'offerta tecnica del promotore superi la soglia di dieci punti. È fatto salvo il diritto del promotore al pagamento delle spese sostenute.** "*

LIBRO V -DEL CONTENZIOSO E DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE. DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE.

PARTE II -DELLA GOVERNANCE.

attribuiscono vantaggi competitivi al promotore, che pregiudichino la parità di trattamento dei candidati, limitando, di fatto, l'accesso ad altri operatori economici interessati.

Articolo 222. Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

ANAC accoglie con soddisfazione l'introduzione nello schema del codice di previsioni che rafforzano i propri poteri di vigilanza e sanzionatori, nell'esercizio delle proprie competenze in tema di contratti pubblici, come più volte auspicato nel corso degli anni.

Si evidenziano, a seguire, alcune osservazioni in merito ad alcuni commi dell'articolo 222.

Il comma 3, lettera a) nel prevedere, nell'ambito dell'attività di vigilanza, il potere sanzionatorio di ANAC, lo limita ai settori di cui alle successive lettere b (vigilanza sull'esecuzione dei contratti pubblici), f (vigilanza sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici), l (vigilanza sulla qualificazione stazioni appaltanti) e m (implementazione della banca dati nazionale dei contratti pubblici), oltre agli altri casi previsti dal codice.

Come ricordato anche nella relazione illustrativa allo schema di codice, i più efficaci poteri sanzionatori riconosciuti ad ANAC sono indispensabili per garantire il corretto funzionamento del mercato di riferimento; si suggerisce, pertanto, un emendamento volto a ricomprendere nell'ambito del potere sanzionatorio di ANAC **anche le fattispecie di cui alla lettera g)**, ovvero la vigilanza sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie e sulla corretta applicazione della disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile, di cui all'articolo 140.

Si propone, inoltre – analogamente a quanto si evidenzierà in relazione al comma 9 di precisare, nel comma 3, che **le previste sanzioni amministrative pecuniarie debbano essere irrogate, da ANAC, nei confronti della stazione appaltante**, che potrà poi rivalersi, nelle forme previste dal proprio ordinamento, nei confronti dei soggetti responsabili, valutando i comportamenti tenuti dai singoli funzionari anche ai fini della responsabilità del dirigente e/o del funzionario.

Inoltre, considerata l'esperienza positiva maturata dall'Autorità **nell'esercizio della funzione consultiva** in favore delle stazioni appaltanti e delle amministrazioni ed enti aggiudicatori, si ritiene opportuno esplicitare l'attribuzione di tale competenza in una **espressa previsione normativa**, in attuazione del criterio direttivo di cui all'articolo 1, comma 2, lett. b) della legge delega 21 giugno 2022, n.78 (*"b) revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti"*).

Il proposto rafforzamento della funzione consultiva dell'Autorità, diversa rispetto alla funzione di precontenzioso (alternativa al ricorso giurisdizionale), consente di supportare le stazioni appaltanti nella risoluzione di problematiche sorte nella fase di affidamento di un contratto pubblico o nella fase esecutiva.

Il comma 9 dell'articolo 222 prevede **l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie a carico dei RUP** in caso di inadempimento dell'obbligo di invio dei dati alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Si rileva, tuttavia, che non necessariamente la responsabilità della trasmissione di tali dati è posta a carico del RUP, a meno che non si ipotizzi un implicito obbligo a carico della stazione appaltante di individuare tale soggetto come quello incaricato della trasmissione dei dati, con conseguente compromissione dei principi di autonomia e auto organizzazione della stazione appaltante stessa.

Allo scopo di rendere effettiva la sanzione e beneficiare dell'effetto deflattivo della stessa, ai fini del corretto e compiuto popolamento della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, **è necessario prevedere l'irrogazione della sanzione nei confronti dell'amministrazione tenuta all'adempimento degli obblighi di comunicazione.** Diversamente, l'Autorità sarebbe onerata della ricerca del soggetto responsabile di volta in volta incaricato dall'amministrazione di appartenenza dell'assolvimento degli obblighi comunicativi, con notevole aggravio dei procedimenti sanzionatori, soprattutto nel caso di invio massivo di dati, e con il rischio dell'impunibilità delle condotte omissive e dei ritardi.

Appare, quindi, più opportuno **che la sanzione sia irrogata alla stazione appaltante in persona del legale rappresentante;** invece, il RUP può essere chiamato a rispondere insieme al dirigente responsabile sul piano della responsabilità dirigenziale e della valutazione delle prestazioni dei soggetti responsabili, così come prevede anche lo stesso comma 9 dell'articolo 222.

Un'ulteriore osservazione riguarda il comma 10, relativo al **Casellario informatico dei contratti pubblici** istituito presso la Banca dati nazionale di contratti pubblici.

In particolare, si ritiene indispensabile un'integrazione volta a chiarire che le cause di esclusione da verificare tramite il fascicolo virtuale riguardano non solo le fattispecie previste dell'articolo 94 (*Cause di esclusione automatica*), ma anche quelle previste degli articoli 95 (*Cause di esclusione non automatica*) e 98 (*Illecito professionale grave*). Ciò avviene attraverso il collegamento con il Casellario informatico nel quale vengono inserite anche le annotazioni relative a questi ultimi due articoli. Attualmente il sistema gestito da ANAC ha mostrato di funzionare e il venir meno delle informazioni contenute nel Casellario potrebbe rendere gravoso per le stazioni appaltanti l'accertamento e la valutazione delle cause non automatiche di esclusione.

Si riportano quindi di seguito tutti gli emendamenti proposti con riferimento all'articolo 222 dello schema di codice:

"Articolo 222. Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

[...]

3. Nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'Autorità:

*a) vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice; nell'ambito dell'attività di vigilanza nei settori di cui alle lettere b), f), **g)**, l), m) e in tutti gli altri casi previsti dal codice può irrogare per le violazioni accertate, nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689 e secondo il proprio regolamento, sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500,00 e il limite massimo di euro 50.000,00. **Le sanzioni pecuniarie sono irrogate nei confronti della stazione appaltante, che si rivale sui soggetti responsabili, anche ai fini della responsabilità dirigenziale/funzionariale.** La sottoposizione a sanzioni pecuniarie e l'eventuale recidiva sono valutate ai fini della qualificazione delle stazioni appaltanti ai sensi dell'articolo 63;*
[...]

n) rilascia, alle condizioni stabilite con proprio regolamento, pareri non vincolanti alle stazioni appaltanti in relazione all'attività di affidamento di contratti pubblici.";

[...]

9. Al fine di consentire l'adempimento degli obblighi di trasmissione previsti dagli articoli 23, comma 5, e 28, comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente invia senza indugio i dati, secondo le indicazioni fornite dall'ANAC con proprio provvedimento. L'inadempimento dell'obbligo è sanzionato dall'ANAC con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 euro a 10.000 euro, a carico ~~del RUP~~ **della stazione appaltante o dell'ente concedente**, con l'applicazione della stessa in misura minima in caso di trasmissione della documentazione mancante entro 10 giorni dalla contestazione. La sanzione è ulteriormente ridotta alla metà se, oltre alla trasmissione della documentazione, il pagamento avviene entro 30 giorni dalla contestazione. L'inadempimento di cui al primo periodo è ~~comunicato all'amministrazione di appartenenza~~ **considerato** ai fini della valutazione della responsabilità dirigenziale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 21, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e della valutazione delle prestazioni dei soggetti responsabili. Per un periodo transitorio pari a un anno, decorrente dalla data di approvazione del codice, ~~il RUP non è soggetto alle~~ **non si applicano le** sanzioni irrogabili per la violazione degli obblighi informativi previsti nei confronti della Banca nazionale dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui, entro 60 giorni dalla comunicazione ~~all'amministrazione di appartenenza, l'amministrazione~~ **adempia** a tutti gli oneri informativi **relativi anche ai periodi pregressi** con contestuale autocertificazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, relativa all'adempimento degli stessi.”.

10. È istituito presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Nel casellario sono annotate, secondo le modalità individuate dall'Autorità, con proprio provvedimento, le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 94. L'Autorità, nel medesimo provvedimento, individua le ulteriori informazioni da iscrivere nel casellario, ivi comprese quelle rilevanti **per gli accertamenti di cui agli articoli 95 e 98**, per l'attribuzione della reputazione dell'impresa di cui all'articolo 109, o per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 103, nonché la durata delle iscrizioni e la modalità di archiviazione delle stesse. Nel casellario l'ANAC iscrive direttamente i provvedimenti interdittivi adottati ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lettere e) e f).”

Ex Articolo 223. Procedure sperimentali autorizzate dall'ANAC.

L'Autorità segnala, infine, che nello schema di codice trasmesso alle Camere è scomparso l'originario articolo 223 del testo proposto dal Consiglio di Stato.

L'articolo 223, rubricato appunto “*Procedure sperimentali autorizzate dall'ANAC*”, avrebbe attribuito all'Autorità nuove competenze tese alla semplificazione delle procedure del codice.

L'articolo, quindi, assegnava ad ANAC significative competenze sperimentali che si strutturavano in tre macro attività:

- a) il coordinamento «con analoghe strutture istituite in Paesi stranieri» per l'individuazione di migliori pratiche;

- b) l'autorizzazione e la vigilanza sulle iniziative in deroga di una o più previsioni del Codice promosse da stazioni appaltanti e enti concedenti;
- c) la pubblicazione sul proprio sito istituzionale, in una sezione dedicata, delle procedure innovative autorizzate e concluse positivamente con eventuale segnalazione al Parlamento e al Governo delle opportunità emerse dalla sperimentazione.

L'Autorità rileva che tale disposizione sulle procedure sperimentali debba essere ripristinata in quanto utile elemento di flessibilità, altresì, presente in altri settori dell'ordinamento.

Si riporta di seguito il testo nella versione licenziata dal Consiglio di Stato che potrebbe essere integralmente riproposto successivamente all'articolo 222:

“Articolo 222-bis. Procedure sperimentali autorizzate dall'ANAC.

- 1. L'ANAC, nel rispetto della normativa europea, promuove e potenzia iniziative di sperimentazione normativa, anche tramite relazioni istituzionali con analoghe strutture istituite in Paesi stranieri, europei ed extraeuropei, e tiene in adeguata considerazione le migliori pratiche di razionalizzazione e sperimentazione normativa a livello internazionale.*
- 2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono chiedere all'ANAC, in relazione a una o più procedure, la deroga in via sperimentale e vigilata all'osservanza di alcune disposizioni del codice. Nella domanda di ammissione alla procedura in deroga sono indicati le ragioni della sperimentazione e della innovazione che motivano la richiesta di deroga, la procedura che si intende seguire e la sua durata stimata, il RUP o i RUP, la giustificazione dei costi a carico della stazione appaltante o dell'ente concedente, i benefici attesi.*
- 3. Sulla richiesta di cui al comma 2 l'ANAC risponde motivatamente entro 30 giorni dal ricevimento. Il diniego è impugnabile ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di ammissione alla procedura sperimentale, l'ANAC può effettuare, nel corso della stessa, verifiche e accertamenti.*
- 4. Al termine della procedura in deroga è trasmessa all'ANAC una documentata relazione, con l'illustrazione degli eventuali benefici conseguiti e dando conto di reclami proposti avverso l'esito della stessa. L'ANAC, sulla base di eventuali accertamenti svolti durante la procedura e a conclusione della stessa, valutato il contenuto della relazione di cui al precedente periodo, attesta se si è conclusa positivamente. La attestazione di conclusione positiva può altresì conferire ai provvedimenti finali della procedura i medesimi effetti di quelli del codice.*
- 5. L'ANAC pubblica sul proprio sito istituzionale, in una sezione dedicata, le procedure innovative autorizzate e concluse positivamente e segnala eventualmente al Parlamento e al Governo le opportunità emerse dalla sperimentazione.”*

ALLEGATI ALLO SCHEMA

Allegato I.1. (articolo 3, lettera e). Persone giuridiche di diritto pubblico o di diritto privato.

Si segnala il permanere di una indeterminatezza nella formulazione dell'articolo 3, comma 1, lett. e), dell'Allegato I.1. dell'allegato allo schema di codice, laddove risulta previsto:

*“e) “affidamento in house”, l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato **definita dall'articolo ... del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE;**”*

Come si evince dalla richiamata norma, l'esatto perimetro della nozione di “*persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato*”, nella citata norma definitoria contenuta all'articolo 3, comma 1, lettera e), è rimesso ad un articolo mancante.

Allegato I.6. e articolo 193 dello schema di decreto legislativo. Dibattito pubblico obbligatorio e finanza di progetto.

L'allegato I.6. individua la disciplina del dibattito pubblico obbligatorio elencando all'articolo 1 le opere sottoposte allo stesso. In particolare, l'articolo 1, comma 1, indica che “*sono soggette a dibattito pubblico obbligatorio, ai sensi dell'articolo 40, commi 1 e 8 del codice, le opere rientranti nelle tipologie di cui alla Tabella 1*”.

Nell'esercizio dell'attività di vigilanza sui contratti pubblici, l'Autorità ha constatato che gli interventi realizzati mediante *project financing*, su iniziativa privata, spesso generano una forte conflittualità nelle comunità coinvolte su scala locale.

Al fine di far sì che le scelte pubbliche in materia di infrastrutture, ancorché promosse da investitori privati, recepiscano tempestivamente il più largo consenso da parte di tutti i portatori di interesse, appare opportuno sottoporre a dibattito pubblico obbligatorio anche le proposte di finanza di progetto.

A tal fine si suggerisce di modificare l'articolo 1, comma 1, dell'Allegato I.6. dello schema di codice nei termini seguenti:

“Articolo 1. Opere soggette a dibattito pubblico obbligatorio.

*1. Sono soggette a dibattito pubblico obbligatorio, ai sensi dell'articolo 40, commi 1 e 8 del codice, **anche quando oggetto di proposte di interventi da realizzare con il procedimento di cui all'articolo 193 del codice**, le opere rientranti nelle tipologie di cui alla Tabella 1. (...)*”

Allegato II.3. (articolo 1, comma 8). Clausole standard dei bandi di gara a tutela di soggetti con disabilità o svantaggiati.

L'allegato II.3. allo schema di codice concernente “*Soggetti con disabilità o svantaggiati cui può essere riservata la partecipazione ad appalti*”, all'articolo 1, comma 8, richiama atti di carattere generale ai fini della predisposizione di **clausole standard a tutela di soggetti con disabilità o svantaggiati**, non menzionando tra le amministrazioni competenti anche l'ANAC, deputata a redigere bandi-tipo e, tra l'altro, a predisporre clausole standard in materia. Il coinvolgimento dell'ANAC risulta anche funzionale alla standardizzazione delle modalità di presentazione di dette clausole.

In generale, l'articolo 83, comma 3, dello schema di codice attribuisce espressamente all'ANAC, confermando le competenze a tutt'oggi esistenti, una competenza generale in materia di predisposizione di bandi-tipo, i quali sono vincolanti per le stazioni appaltanti, salva motivazione che queste ultime devono esternare nella delibera a contrarre in ordine alle deroghe ai bandi stessi.

Inoltre, l'ANAC con delibera n. 154 del 16 marzo 2022, nel recepire le norme contenute nel DPCM 7 dicembre 2021 in materia di parità, ha aggiornato il Bando di gara tipo per i contratti pubblici sopra soglia di rilevanza comunitaria (n. 1/2021), introducendo misure sulle pari opportunità di genere e generazionali e sull'inclusione lavorativa delle persone con disabilità.

Alcun richiamo a tali competenze sussiste all'allegato II.3., essendo invece menzionate tutte le altre amministrazioni competenti in materia.

Si propone, pertanto, una modifica dell'articolo 1, comma 8, dell'Allegato II.3. allo schema di codice nei termini seguenti:

“Articolo 1.

[...]

*8. Con linee guida del Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero dei Ministri o delle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro per le disabilità, **sentita ANAC**, da adottarsi entro 60 giorni dall'entrata in vigore del codice, sono definiti le modalità e i criteri applicativi delle misure previste dal presente articolo, indicate misure premiali e predisposti modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto”.*

Allegato II.14. (articolo 5, commi 11 e 12). Varianti in corso d'opera.

L'Allegato II.14. recante norme in tema di *“Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità”*, all'articolo 5, commi 11 e 12, in tema di modifiche e varianti in corso di esecuzione del contratto, disciplina le modalità di comunicazione ad ANAC delle modifiche dei contratti in corso di esecuzione, ai fini dell'inserimento dei relativi dati nella banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Si ritiene utile inserire in dette disposizioni un espresso richiamo all'articolo 23, comma 5, dello schema di codice e al provvedimento con cui ANAC dovrà individuare le informazioni che le stazioni appaltanti saranno tenute a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche e i servizi digitali che saranno resi disponibili dall'Autorità stessa.

Peraltro, un richiamo al provvedimento di ANAC previsto dall'articolo 23, comma 5, dello schema di codice dovrebbe essere inserito in tutte le disposizioni normative che prevedono trasmissioni di dati o documenti all'Autorità.

L'articolo 5, commi 11 e 12, dell'Allegato II.14., allo schema di codice, potrebbe, quindi, essere formulato nei termini seguenti:

“Articolo 5.

[...]

11. La stazione appaltante comunica all'ANAC, **con le modalità e nei tempi indicati nel provvedimento previsto dall'articolo 23, comma 5, del codice**, le modificazioni al contratto di cui all'articolo 120, commi 1, lettera b), e 3, ~~del codice~~, entro trenta giorni dal loro perfezionamento. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.

12. Per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, sono trasmesse dal RUP all'ANAC, **con le modalità e nei tempi indicati nel provvedimento previsto dall'articolo 23, comma 5, del codice**, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e a una apposita relazione del responsabile unico del procedimento, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante”.

ALLEGATO

Proposte emendative dell'Autorità

- (I) *All'articolo 11, comma 4, dopo le parole "contratto collettivo nazionale e territoriale", eliminare la parola "indicato" ed aggiungere le parole "individuato attraverso il codice alfanumerico unico attribuito dal CNEL in sede di acquisizione del contratto nell'archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro,"; e dopo le parole "sua durata, ovvero" eliminare le parole "la dichiarazione di" ed aggiungere "altro contratto di cui il CNEL abbia riconosciuto l'".*
- (II) *All'articolo 15, eliminare il comma 4: "Ferma restando l'unicità del RUP e se il RUP lo richiede, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, ciascuno secondo il proprio ordinamento, nominano un responsabile del procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP."*
- (III) *All'articolo 16 modificare il testo come segue:*
*"1. Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e **ovvero** ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione. **In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione ai sensi dell'articolo 6-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241.***
2. In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.
3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 1 ne dà comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente e si astiene dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione.
***4. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni e nella fase di esecuzione, e vigila affinché gli adempimenti di cui al comma precedente siano rispettati"**.*
- (IV) *All'articolo 17, comma 1, dopo le parole: "individuando gli elementi essenziali del contratto," inserire le seguenti: "le procedure di gara, i criteri di aggiudicazione e [...]"*
- (V) *All'articolo 23, dopo il comma 2, inserire il comma 2 bis: "Fermo restando il principio di auto-organizzazione amministrativa, di cui all'articolo 7, è istituito presso l'ANAC, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di*

effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 17, comma 2 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201. Resta fermo, anche per gli affidamenti in house l'obbligo di acquisizione del Codice identificativo di gara (CIG) rilasciato da ANAC."

- (VI) *All'articolo 24, comma 1, dopo le parole "cause di esclusione di cui" eliminare le parole "all'articolo 94" e sostituire con le parole "agli articoli 94, 95 e 98".*
- (VII) *All'articolo 28:*
 - *comma 1, aggiungere dopo le parole "ciclo di vita dei contratti pubblici," le parole: "ivi compresi gli affidamenti di cui all'articolo 7, comma 2,";*
 - *comma 3, aggiungere dopo le parole "l'oggetto del bando," le parole: "l'elenco degli offerenti nelle procedure aperte e [...]"*.
- (VIII) *All'articolo 31:*
 - *comma 1, aggiungere dopo le parole "del Registro delle imprese", le seguenti parole: "e della relativa sezione denominata Registro dei titolari effettivi";*
 - *comma 2, dopo le parole "le persone fisiche e i titolari di cariche ad essi riferibili", inserire le seguenti: "al fine della verifica dei requisiti di cui agli articoli 94 e 95.";*
 - *eliminare il comma 3;*
 - *aggiungere in calce il comma 5: " Gli operatori economici di cui al comma 1 sono tenuti a comunicare all'Anagrafe, con le modalità e nei termini stabiliti dall'ANAC con proprio provvedimento, le informazioni di cui al comma 2 non risultanti dal Registro delle imprese e le modifiche successivamente intervenute. L'omessa o tardiva comunicazione costituisce elemento valutabile ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 222, comma 9".*
- (IX) *All'articolo 44, comma 2, dopo le parole "esigenze tecniche", aggiungere la frase: "nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori."; quindi, eliminare il periodo: "tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto."*
- (X) *All'articolo 49:*
 - *comma 2, dopo le parole: "è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto " aggiungere le parole "**all'operatore economico invitato e non aggiudicatario** del precedente affidamento e [...]"*;
 - *comma 3, aggiungere dopo le parole "fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6," il seguente periodo "è vietata la determinazione artificiosa dell'importo dell'affidamento per farlo ricadere in una differente fascia.";*
 - *sostituire il comma 4 con il seguente testo: "In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché, **con riguardo al contraente uscente, in presenza** di accurata esecuzione del precedente contratto, **l'operatore economico invitato e non aggiudicatario del precedente affidamento e** il contraente uscente **possono** essere reinvitatei o essere individuatei quale affidatari e dirett ei."*
- (XI) *All'articolo 50:*
 - *comma 1, lett. d), dopo le parole: "previa consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti", aggiungere le seguenti: "individuati in base a indagini di mercato o tramite*

elenchi di operatori economici [...].”; *eliminare dopo le parole “articolo 14”, le parole “salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro, previa adeguata motivazione”;*

- dopo il comma 1, aggiungere il comma 1-bis: “Nei casi di affidamento diretto di contratti di importo superiore a 40.000, la stazione appaltante è tenuta a pubblicare l’atto di cui all’articolo 17, comma 2, dando conto delle motivazioni della scelta dell’affidatario e delle comparazioni economiche svolte; nei casi di affidamento mediante procedura negoziata senza bando, la stazione appaltante è tenuta a pubblicare sul proprio sito istituzionale la comunicazione dell’avvio della procedura almeno 10 giorni prima dell’avvio della consultazione degli operatori economici”; e il comma 1-ter: “E’ fatta salva la possibilità per la stazione appaltante, di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro, previa adeguata motivazione.[...]”.

- (XII) *All’articolo 52, comma 2, modificare il testo come segue: “2. Quando in conseguenza della verifica non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all’escussione della eventuale garanzia definitiva, e alla comunicazione all’ANAC, **nei successivi 10 giorni, ai fini dell’adozione di tutti i provvedimenti conseguenti e alla sospensione dell’operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a 12 mesi decorrenti dall’adozione del provvedimento**”.*
- (XIII) *All’articolo 54, comma 1, dopo le parole: “contratto di appalto di lavori, servizi e”, aggiungere le seguenti: “o forniture [...]”; e dopo le parole “prevedono negli atti di gara” inserire “pena l’impossibilità della relativa applicazione [...]”.*
- (XIV) *All’articolo 56, comma 2, dopo le parole “si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa,” aggiungere “senza benefici economici attuali e futuri [...]”.*
- (XV) *All’articolo 58, comma 3, aggiungere un ultimo periodo “Si considera artificioso l’accorpamento dei lotti qualora il Common Procurement Vocabulary delle diverse prestazioni sia differenti e la stazione appaltante non abbia motivato l’impossibilità di tenerle separate per motivi tecnici o economici.”.*
- (XVI) *All’articolo 59:*
- comma 1, inserire dopo le parole: “le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro” le parole “per prestazioni aventi ad oggetto elementi standardizzabili e ripetibili [...]”;
- comma 5, aggiungere dopo la lettera d) una nuova lettera: “e) nel caso di accordo quadro con più operatori economici scelti sulla base di un elenco prezzi di singole prestazioni, l’operatore economico è individuato, in relazione alla specifica richiesta, comparando le diverse offerte e scegliendo la più conveniente dal punto di vista economico.”.
- (XVII) *All’articolo 60:*
- comma 2, aggiungere dopo le parole: “si attivano” la parola “esclusivamente [...]”;
- sostituire il comma 3 con il seguente testo: “Per l’applicazione del presente articolo si utilizzano: a) indici sintetici delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture, approvati dall’ISTAT con proprio provvedimento entro il 30 settembre di ciascun anno, d’intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Con il medesimo provvedimento si definisce e si aggiorna la metodologia di rilevazione e si indica l’ambito

temporale di rilevazione delle variazioni; **b) i costi derivanti dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali e territoriali di cui all'articolo 11 comma 1".**

(XVIII) *All'articolo 62:*

- *comma 1, sostituire la parola "500.000" con la parola "150.000"; ed inserire un ultimo periodo: "Le stazioni appaltanti non ancora qualificate possono svolgere le procedure di affidamento di lavori d'importo non superiore a 500.000 fino ad un anno dall'entrata in vigore del codice";*
- *comma 10, inserire un ultimo periodo: "Nel caso in cui la centrale di committenza individuata non proceda, senza giustificato motivo, all'avvio della procedura, con provvedimento di ANAC, è disposta la decurtazione del 10% del punteggio conseguito dalla stessa per la qualificazione, per la durata di un anno. Nel caso di tre provvedimenti di ANAC adottati nell'arco di un anno, la qualificazione della centrale di committenza è sospesa per un anno".*

(XIX) *All'articolo 63, comma 6, modificare il testo come segue: "Le centrali di committenza ~~e i soggetti aggregatori~~ possono essere qualificate anche solo per l'acquisizione di lavori oppure di servizi e forniture. Le centrali di committenza ~~e i soggetti aggregatori~~ per svolgere attività di progettazione e affidamento devono essere qualificate almeno nella seconda fascia. Esse ~~le~~ programmano la loro attività coordinandosi nel rispetto del principio di leale collaborazione".*

(XX) *All'articolo 91:*

- *comma 2, di inserire dopo le parole "gli elementi di identificazione del concorrente" le parole "anche ai fini dell'individuazione della titolarità effettiva del concorrente diverso dalla persona fisica [...]";*
- *inserire, dopo il comma 2, il comma: "2-bis. ANAC e Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia istituita presso la Banca d'Italia collaborano scambiando informazioni ai fini dell'individuazione della titolarità effettiva del concorrente diverso dalla persona fisica. Le modalità di svolgimento della predetta collaborazione sono regolate mediante protocolli d'intesa tra le due autorità".*

(XXI) *All'articolo 94:*

- *comma 3, lett. h) sostituire le parole "dell'amministratore di fatto" con le parole "del titolare effettivo";*
- *comma 5, aggiungere dopo la lettera f) una nuova lettera: "g) l'operatore economico che ha commesso gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014".*

(XXII) *All'articolo 95, comma 1, eliminare la lettera a) .*

(XXIII) *All'articolo 99, comma 1, eliminare dopo le parole "la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24" il periodo "la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50 ter del decreto legislativo n.82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni."*

- (XXIV) *All'articolo 100:*
- *comma 4, sostituire le parole "sentita l'ANAC" con le parole "d'intesa con ANAC";*
 - *comma 8 sostituire la parola "quinto" con la parola "sesto" ed eliminare alla lettera e) la parola "a campione";*
 - *comma 9 sostituire la parola "settimo" con la parole "sesto" e aggiungere alla lettera c) prima delle parole "le modalità dell'esercizio dell'attività di vigilanza da parte dell'ANAC" le parole "nel rispetto della sua autonomia regolamentare,"*
- (XXV) *All'articolo 109, comma 1, eliminare dopo le parole "sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili" le parole "nonché sulla base di accertamenti definitivi" e sostituirle con le parole "debitamente accertati"; aggiungere in calce il seguente periodo: "Nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, compatibilmente con il diritto comunitario e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere un punteggio incrementale sulla base del sistema di monitoraggio delle prestazioni".*
- (XXVI) *All'articolo 111, comma 4, inserire dopo le parole "le stazioni appaltanti" le parole "ai fini della trasmissione ai sensi dell'articolo 27, comma 1"; eliminare la parole "inviano" e dopo le parole "all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea" eliminare le parole "conformemente a quanto previsto dall'articolo 83", e sostituirle con le parole "garantiscono l'inserimento nelle piattaforme di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 di [...]".*
- (XXVII) *All'articolo 120:*
- *comma 5, eliminare le parole: "Sono sempre consentite" e sostituirle con "Non sono mai consentite [...]" e dopo le parole "le modifiche" eliminare la parola "non";*
 - *eliminare il comma 7.*
- (XXVIII) *All'articolo 141, comma 5, eliminare dopo le parole "senza obbligo di motivazione" la parola "aggravata".*
- (XXIX) *All'articolo 186:*
- *comma 2, inserire dopo le parole "contratti di lavori, servizi e forniture" le parole "necessari per l'esecuzione della concessione" e aggiungere dopo le parole "convenzionalmente dal concedente e dal concessionario" il periodo "Nella base di calcolo rientrano i contratti eseguiti direttamente dal concessionario. Non si considerano affidati a terzi i contratti affidati o a qualsiasi titolo eseguiti da soggetti controllati o collegati al concessionario." Inoltre, sempre al comma 2, eliminare le parole "l'ente concedente tiene" e sostituirle con "La quota di esternalizzazione è stabilita tenendo [...];"*
 - *comma 5, eliminare le parole "le modalità di calcolo delle quote di cui al comma 2, primo periodo, sono definite dall'ANAC" e sostituirle con "L'ANAC [...]"; aggiungere dopo le parole "in vigore del codice" le parole "con proprio provvedimento, fornisce indicazioni operative sulle modalità di individuazione delle quote di cui al comma 2, sulle modalità e sulla tempistica delle verifiche da parte del concessionario e sulle azioni da intraprendere per ristabilire la situazione di equilibrio. In particolare, le indicazioni fornite tengono conto dell'interesse dei concessionari e del relativo affidamento nella stabilità del rapporto instaurato con il concedente, nonché dell'interesse del concedente, degli utenti del servizio e del personale occupato nell'impresa."*
- (XXX) *All'articolo 193 al comma 8 dopo le parole: "medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario" eliminare le parole: "nonostante l'attribuzione del*

punteggio premiale o”; *aggiungere dopo le parole “nei limiti di cui al terzo periodo” il periodo: “Il diritto di prelazione non opera se la differenza tra il punteggio attribuito all’offerta tecnica dell’aggiudicatario e quello assegnato all’offerta tecnica del promotore superi la soglia di dieci punti. È fatto salvo il diritto del promotore al pagamento delle spese sostenute. “*

(XXXI) *All’articolo 222:*

- comma 3, lettera a), aggiungere dopo le parole “nell’ambito dell’attività di vigilanza nei settori di cui alle lettere b), f)” la parola: “g) [...]”;

aggiungere dopo le parole “il limite massimo di euro 50.000,00” le parole: “Le sanzioni pecuniarie sono irrogate nei confronti della stazione appaltante, che si rivale sui soggetti responsabili, anche ai fini della responsabilità dirigenziale/funzionariale.”.

inserire in calce la lettera n): “rilascia, alle condizioni stabilite con proprio regolamento, pareri non vincolanti alle stazioni appaltanti in relazione all’attività di affidamento di contratti pubblici.”;

- comma 9, eliminare le parole “del RUP” e sostituirle con le parole “della stazione appaltante o dell’ente concedente”; sostituire le parole “comunicato all’amministrazione di appartenenza” con la parola “considerato [...]”; nell’ultimo periodo sostituire le parole “il RUP non è soggetto alle” con le parole “non si applicano le [...]”; sostituire le parole “all’amministrazione di appartenenza” con la parola “l’amministrazione”; aggiungere dopo le parole “adempia a tutti gli oneri informativi” le parole “relativi anche ai periodi pregressi”;

- comma 10, aggiungere dopo le parole “quelle rilevanti” le parole: “per gli accertamenti di cui agli articoli 95 e 98 [...]”.

(XXXII) *Inserimento di un nuovo articolo dopo l’articolo 222: “Articolo 222-bis (Procedure sperimentali autorizzate dall’ANAC)*

1. L’ANAC, nel rispetto della normativa europea, promuove e potenzia iniziative di sperimentazione normativa, anche tramite relazioni istituzionali con analoghe strutture istituite in Paesi stranieri, europei ed extraeuropei, e tiene in adeguata considerazione le migliori pratiche di razionalizzazione e sperimentazione normativa a livello internazionale.

2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono chiedere all’ANAC, in relazione a una o più procedure, la deroga in via sperimentale e vigilata all’osservanza di alcune disposizioni del codice. Nella domanda di ammissione alla procedura in deroga sono indicati le ragioni della sperimentazione e della innovazione che motivano la richiesta di deroga, la procedura che si intende seguire e la sua durata stimata, il RUP o i RUP, la giustificazione dei costi a carico della stazione appaltante o dell’ente concedente, i benefici attesi.

3. Sulla richiesta di cui al comma 2 l’ANAC risponde motivatamente entro 30 giorni dal ricevimento. Il diniego è impugnabile ai sensi dell’articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di ammissione alla procedura sperimentale, l’ANAC può effettuare, nel corso della stessa, verifiche e accertamenti.

4. Al termine della procedura in deroga è trasmessa all’ANAC una documentata relazione, con l’illustrazione degli eventuali benefici conseguiti e dando conto di reclami proposti avverso l’esito della stessa. L’ANAC, sulla base di eventuali accertamenti svolti durante la procedura e a conclusione della stessa, valutato il contenuto della relazione di cui al precedente periodo, attesta se si è conclusa positivamente. La attestazione di conclusione positiva può altresì conferire ai provvedimenti finali della procedura i medesimi effetti di quelli del codice.

5. L’ANAC pubblica sul proprio sito istituzionale, in una sezione dedicata, le procedure innovative autorizzate e concluse positivamente e segnala eventualmente al Parlamento e al Governo le opportunità emerse dalla sperimentazione.”

- (XXXIII) *All'allegato I.6, all'articolo 1, comma 1, inserire dopo le parole "ai sensi dell'articolo 40, comma 1 e 8 del codice" le parole "anche quando oggetto di proposte di interventi da realizzare con il procedimento di cui all'articolo 193 del codice, [...]."*
- (XXXIV) *All'allegato I.7, all'articolo 2, comma 6, aggiungere dopo le parole "redazione del DOCFAP" le parole "in forma semplificata [...]."*
- (XXXV) *All'allegato II.3, all'articolo 1, comma 8, inserire dopo le parole "di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro per le disabilità" le parole "sentita ANAC [...]."*
- (XXXVI) *All'allegato II.4, all'articolo 2, comma 2, dopo le parole "in sede di prima applicazione," aggiungere le parole "fino all'entrata in vigore del Regolamento di cui al comma 3 del medesimo articolo" ed eliminare le parole "e per i successivi sei mesi dall'entrata in vigore del sistema di qualificazione: [...]."; e all'articolo 3, comma 2, dopo le parole "in sede di prima applicazione," aggiungere le parole "fino all'entrata in vigore del Regolamento di cui al comma 3 del medesimo articolo" ed eliminare le parole "e per i successivi sei mesi dall'entrata in vigore del sistema di qualificazione: [...]."*
- (XXXVII) *All'allegato II.14, all'articolo 5:*
- *comma 11, inserire dopo le parole "comunica all'ANAC" le parole "con le modalità e nei tempi indicati nel provvedimento previsto dall'articolo 23, comma 5, del codice, [...]."; ed eliminare dopo le parole "120, commi 1, lettera b), e 3," le parole "del codice,";*
- *comma 12, inserire dopo le parole "sono trasmesse dal RUP all'ANAC" le parole "con le modalità e nei tempi indicati nel provvedimento previsto dall'articolo 23, comma 5, del codice [...]."*