Corriere Giur., 2016, 8-9, 1041

LE PRINCIPALI NOVITÀ IN TEMA DI CONTRATTI E CONCESSIONI PUBBLICHE

di Roberto Proietti - Magistrato amministrativo

D.Lgs. 18-04-2016, n. 50
Dir. 26-02-2014, n. 2014/23/UE
Dir. 26-02-2014, n. 2014/24/UE
Dir. 26-02-2014, n. 2014/25/UE
D.Lgs. 12-04-2006, n. 163

Con il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, pubblicato in G.U. 19 aprile 2016, n. 91, S.O., è stata data attuazione alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Il presente contributo costituisce una prima ricognizione di alcune delle principali novità contenute nella nuova normativa.

Sommario: Gli indirizzi della disciplina di rango primario e gli atti di attuazione - Le principali novità - Trasparenza, pubblicità e criteri di scelta del contraente - Semplificazione e procedure di gara - Qualificazione degli operatori economici e rating di impresa - I sistemi di garanzia - La scelta dei soggetti che svolgono compiti e funzioni nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica - Il Documento di Gara Unico Europeo ed il Soccorso istruttorio - Subappalto e Avvalimento - Concessioni, partenariato pubblico privato e sussidiarietà orizzontale - Validazione dei progetti e modifiche contrattuali - Le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese - Valutazioni conclusive

Gli indirizzi della disciplina di rango primario e gli atti di attuazione

Il nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, contenuto nel D.Lgs. n. 50 del 2016, reca una disciplina ispirata a criteri di

semplificazione, snellimento, riduzione delle norme, rispetto del divieto di goldplating.
Si tratta di una normativa di rango primario che non prevede un regolamento di esecuzione e di attuazione, ma l'emanazione di atti di indirizzo, di linee guida di carattere generale e di decreti, da approvare a cura di diversi soggetti tra i quali, in particolare, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ed il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.
Secondo l'intenzione del Governo, le linee guida, quale strumento di soft law, contribuiranno ad assicurare la trasparenza, l'omogeneità e la speditezza delle procedure e a fornire criteri unitari; avranno valore di atto di indirizzo generale e consentiranno un aggiornamento costante e coerente con i mutamenti del sistema. Nei casi in cui sono previste linee guida e decreti amministrativi attuativi, è stato dettato un regime transitorio che prevede l'applicazione temporanea di alcune norme del regolamento contenuto nel d.P.R. n. 207/2010.
Con particolare riferimento alle cc.dd. Linee guida, va rilevato che, di fatto, si tratta di tipologie di atti diversificati.
Sono previsti, in primo luogo, decreti ministeriali contenenti linee guida adottate su proposta dell'ANAC (che hanno natura normativa e, quindi, regolamentare e sono sottoposti al parere delle commissioni parlamentari ed al parere del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 17, L. 23 agosto 1988, n. 400).
L'ANAC, invece, è chiamata ad adottare linee guida vincolanti, sostanzialmente equiparabili agli atti di regolazione delle autorità indipendenti, la cui emanazione segue garanzie procedimentali quali la consultazione pubblica, i metodi di analisi e di verifica di impatto della regolazione, le metodologie di qualità della regolazione, compresa la codificazione, adeguata pubblicità e pubblicazione, eventuale parere facoltativo del Consiglio di Stato.
La medesima Autorità deve adottare linee guida non vincolanti, con valore e funzione di indirizzo per le stazioni appaltanti e gli operatori economici.
Infine, sono previsti strumenti di regolazione flessibile quali, in particolare, bandi-tipo, capitolati-tipo e contratti-tipo predisposti dall'ANAC.
In tema di Governance, va segnalato che il nuovo codice rafforza l'ANAC nell'attività di garanzia della legalità, attribuisce specifici compiti al Consiglio Superiore del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e

istituisce una Cabina di regìa presso la Presidenza del Consiglio dei ministri con funzioni di coordinamento e monitoraggio.

Le principali novità(1)
Trasparenza, pubblicità e criteri di scelta del contraente
Il D.Lgs. n. 50/2016 contiene disposizioni tese all'armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di contrastare la corruzione, di evitare i conflitti d'interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione.
A tal fine, sono individuati i casi nei quali, in via eccezionale, è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara.
L'art. 63 del nuovo codice prevede, nei casi e nelle circostanze indicati, che le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, motivando la propria scelta nel primo atto della procedura.
Le procedure ad evidenza pubblica e le relative fasi e durata sono regolate unificando le banche dati esistenti presso l'Autorità nazionale anticorruzione, definendo misure volte ad evitare la corruzione e i conflitti d'interesse ed a favorire la trasparenza, e la promozione della digitalizzazione delle procedure stesse, in funzione della loro tracciabilità.
L'art. 95 del nuovo codice prevede che, compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità dell'offerente, nonché per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione(2).
La medesima norma prevede che, per quanto concerne i criteri di aggiudicazione, nei casi di adozione del miglior rapporto qualità prezzo, si applicano le seguenti disposizioni: 1) le stazioni appaltanti possono autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti, indicando nel bando di gara ovvero, nell'avviso di preinformazione o nell'invito a confermare interesse, se autorizzano o richiedono le varianti (in mancanza, le varianti non sono autorizzate); 2) le stazioni appaltanti

che autorizzano o richiedono le varianti indicano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione; in particolare, se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta che è diversa da una variante. Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti; 3) solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione; 4) nelle procedure di aggiudicazione, le amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato o richiesto varianti non possono escludere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché di forniture o un appalto di forniture anziché un di servizi.

Semplificazione e procedure di gara

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha cercato di coniugare l'intento di garantire una maggiore flessibilità delle procedure ad evidenza pubblica con le esigenze di trasparenza che devono caratterizzare il settore degli appalti pubblici.

Infatti, è stato previsto l'obbligo dell'utilizzo della procedura di gara con pubblicazione del bando anche per i contratti sotto la soglia di rilevanza europea (art. 35), distinguendo le procedure utilizzabili tra diverse fasce: a) per affidamenti di importo inferiore a euro 40.000, affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta; b) per affidamenti di importi tra euro 40.000 e 150.000 per i lavori (o per le soglie di rilevanza europea per le forniture e i servizi), procedura negoziata previa consultazione di almeno cinque operatori economici; c) per i lavori di importi tra euro 150.000 e 1.000.000, procedura negoziata con consultazione di almeno dieci operatori economici; d) per i lavori di importo pari o superiore a euro 1.000.000, ricorso alle procedure ordinarie (art. 36).

Le misure di semplificazione riguardano anche l'utilizzo dei mezzi telematici. Tra tali strumenti è prevista la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere per le nuove opere, nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (c.d. building information modeling - BIM) (art. 23, comma 1, lett. h, e comma 13).

Al riguardo, è previsto che sei mesi dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, le stazioni appaltanti potranno chiedere l'uso del Building information modeling (BIM) per le nuove opere e i servizi di progettazione di importo superiore alle soglie comunitarie, pari a euro 5.225.000 per i lavori; euro 135.000 per i servizi e i concorsi di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni governative; euro 209.000 per i servizi e i concorsi di progettazione aggiudicati dalle altre amministrazioni. Successivamente, il BIM diverrà gradualmente obbligatorio in base alla tipologia delle opere e dei servizi da affidare e al loro importo.
Per quanto concerne in particolare l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie, è previsto l'obbligo di rispettare i principi di cui all'art. 30, comma 1, del nuovo codice (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni), nonché il principio di rotazione in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.
Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali richiesti nella lettera di invito o nel bando di gara.
Qualora la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate, la verifica dei requisiti ai fini della stipula del contratto avviene esclusivamente sull'aggiudicatario. Tuttavia, alla stazione appaltante è consentito estendere le verifiche agli altri partecipanti.
Ai fini dello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono procedere attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni.
Nel documento ANAC sulle linee guida attuative del nuovo codice, relativo alle "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", si afferma che nell'espletamento di tali procedure le stazioni appaltanti operano in aderenza: a) al principio di economicità, l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto; b) al principio di efficacia, la congruità dei propri atti rispetto al

conseguimento dello scopo cui sono preordinati; c) al principio di tempestività, l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni; d) al principio di correttezza, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione; e) al principio di libera concorrenza, l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati; f) al principio di non discriminazione e di parità di trattamento, una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione; g) al principio di trasparenza e pubblicità, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido ed agevole alle informazioni relative alle procedure; h) al principio di proporzionalità, l'adeguatezza ed idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento; i) al principio di rotazione, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese.
L'ANAC rileva che il rispetto dei principi indicati impone una rivisitazione delle prassi abitualmente seguite dalle stazioni appaltanti nelle procedure sotto soglia, soprattutto nel senso dell'adozione di procedure improntate ad una maggiore trasparenza nella scelta del contraente.
In sostanza, il richiamo ai citati principi induce ad escludere che i contratti sotto soglia (ivi incluso l'affidamento diretto) possano essere frutto di scelte arbitrarie.
Quindi, le stazioni appaltanti devono definire a priori ed esplicitare (in relazione a ciascun caso di specie) i criteri per la selezione degli operatori economici, con riferimento allo specifico contratto, oltre ad assicurare adeguate forme di pubblicità agli esiti delle procedure di affidamento.
L'ANAC invita, inoltre, a tenere conto delle imprese di piccole dimensioni, fissando requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che consentano la partecipazione alle procedura ad evidenza pubblica anche delle micro, piccole e medie imprese.
Anche a tal fine, l'ANAC invita la stazione appaltante chiedere preventivi preliminari, sui quali effettuare una valutazione comparativa.

Qualificazione degli operatori economici e rating di impresa

La nuova disciplina degli operatori economici è caratterizzata dai criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle attività

effettivamente eseguite, delle capacità realizzative e delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane.
Inoltre, sono state introdotte misure di premialità, regolate da un apposito atto dell'ANAC, connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi nonché, assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità.
In particolare, l'art. 83, ultimo comma, del nuovo codice, prevede che "È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice."(3).
I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa tengono conto, in particolare: - del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; - dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto; - della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti.
In generale, gli operatori economici che partecipano alla procedura ad evidenza pubblica e intendono aggiudicarsi la gara devono essere in possesso di requisiti minimi di: a) idoneità professionale; in proposito potrebbe essere richiesto all'operatore economico di esibire, ad esempio, il certificato di iscrizione al Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato o ad altro Albo, ove previsto, capace di attestare lo svolgimento delle attività nello specifico settore oggetto del contratto; b) capacità economica e finanziaria; al riguardo, potrebbe essere richiesta la dimostrazione di livelli minimi di fatturato globale o altra documentazione considerata idonea; c) capacità tecniche e professionali, stabiliti in ragione dell'oggetto e dell'importo del contratto; a tal proposito, potrebbe essere

richiesta l'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore, o in altro settore ritenuto assimilabile, nell'anno precedente o in altro intervallo temporale ritenuto significativo ovvero il possesso di specifiche attrezzature e/o equipaggiamento tecnico.
A fronte di operatori economici parimenti qualificati sotto il profilo delle capacità tecnico/professionali, possono essere indicati quali criteri preferenziali di selezione indici oggettivi basati su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti pubblici, quali i citati criteri reputazionali di cui all'art. 83, comma 10, del nuovo codice.
I requisiti minimi devono essere proporzionati all'oggetto del contratto e tali da non compromettere la possibilità delle piccole e medie imprese e delle microimprese di risultare affidatarie.

I sistemi di garanzia

L'art. 1, comma 1, lett. qq), L. n. 11 del 2016, ha delegato il Governo ad operare il riassetto, la revisione e la semplificazione dei sistemi di garanzia per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, allo scopo di rendere tali istituti proporzionati e adeguati alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, ed al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione dei lavori nel rispetto dei costi, dei tempi e dei modi programmati, anche in caso di fatti imprevisti ed imprevedibili non imputabili alla stazione appaltante, assicurando l'entrata in vigore della nuova disciplina contestualmente a strumenti attuativi preventivamente concordati con gli istituti bancari e assicurativi che devono assumersi i rischi d'impresa.
A decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo codice sono da ritenere abrogate le disposizioni in materia di garanzia globale di cui agli artt. 129, comma 3, e 176, comma 18, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.
L'art. 93 (Garanzie per la partecipazione alla procedura) del nuovo codice, in particolatre, prevede che l'offerta deve essere corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria", pari al 2%(percento) del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.
Per rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, la stazione appaltante può ridurre l'importo della cauzione sino all'1%(percento) ovvero incrementarlo sino al 4%(percento).

Qualora si espletino procedure ad evidenza pubblica in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2%(percento) del prezzo base.
In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo.
La garanzia fideiussoria può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative o da intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106, D.Lgs. 1°(gradi) settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'art. 161, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa.
La cauzione può essere consistere (a scelta dell'offerente) in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.
La garanzia deve prevedere la rinuncia espressa al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, c.c., e l'operatività entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. Inoltre, deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta, salva diversa indicazione del bando. Essa copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta caratterizzata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

La scelta dei soggetti che svolgono compiti e funzioni nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica

Il nuovo codice contiene significative novità che riguardano i soggetti chiamati a svolgere compiti e funzioni nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica, prevedendo albi all'interno dei quali sceglierli, in linea con quanto stabilito dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11(4).
L'art. 77 del nuovo codice prevede che i componenti delle commissioni di gara debbano essere scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui all'art. 78 e, nel caso di procedure di aggiudicazione svolte

da CONSIP S.p.a, INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. e dai soggetti aggregatori regionali di cui all'art. 9, D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 giugno 2014, n. 89, tra gli esperti iscritti nell'apposita sezione speciale dell'Albo, non appartenenti alla stessa stazione appaltante e, solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante ovvero, se il numero risulti ancora insufficiente, ricorrendo anche agli altri esperti iscritti all'Albo al di fuori della sezione speciale.
I componenti della commissione sono individuati dalle stazioni appaltanti mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e, comunque, nel rispetto del principio di rotazione.
Al riguardo, è previsto che la stazione appaltante avanzi una specifica richiesta all'ANAC, la quale comunica la lista dei soggetti tra i quali scegliere i commissari entro cinque giorni dalla richiesta.
In caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del codice o per quelli che non presentano particolare complessità(5), la stazione appaltante può nominare componenti interni, nel rispetto del principio di rotazione.
I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto da stipulare. Coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi(6).
La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.
Sotto i profili indicati, il nuovo codice reca, tra le altre, una specifica novità inerente alle modalità di composizione della commissione di gara, posto che la scelta dei componenti della commissione non spetta alla stazione appaltante ma all'Autorità. In tal modo, oltre a soddisfare esigenze

di trasparenza e imparzialità, il legislatore ha inteso garantire la prevenzione alla corruzione nelle gare pubbliche e la professionalità dei commissari.
Le disposizioni dettate al riguardo, attengono all'ordine pubblico ed alla tutela della concorrenza e, quindi, non sembrano più rientrare nell'ambito della competenza legislativa concorrente regionale(7) ma, in quella esclusiva statale.
Al fine di dare concreta attuazione al sistema indicato, l'articolo 78 del nuovo codice prevede l'istituzione presso l'ANAC dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.
Per essere iscritti all'albo, gli interessati devono essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto, secondo i criteri e le modalità che l'Autorità deve definire in un apposito atto(8), valutando la possibilità di articolare l'elenco per aree tematiche omogenee(9). L'ANAC è chiamata ad adottare un'apposita determinazione recante la disciplina generale per la tenuta dell'albo, comprensiva dei criteri per il suo aggiornamento.
L'art. 78 del nuovo codice, attribuendo all'ANAC il compito di disciplinare i presupposti e i requisiti per l'iscrizione all'albo, sembra non porsi perfettamente in linea con la legge delega, la quale prevede di affidare all'Autorità il compito di disciplinare solo gli aspetti attinenti alle modalità di gestione e tenuta dell'albo.
La medesima legge delega n. 11/2016, all'art. 1, comma 1, lett. mm), ha delegato il Governo a costituire, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, prevedendo specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità.
La nomina di tali soggetti nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica avviene mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire.
Le spese di tenuta dell'albo saranno poste a carico dei soggetti interessati.

Il Documento di Gara Unico Europeo ed il Soccorso istruttorio

Il nuovo codice ha introdotto (art. 85) il documento di gara unico europeo (DGUE), consistente in un'autodichiarazione dell'operatore economico che fornisce una prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi.
Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea(10). Gli operatori economici possono riutilizzare il DGUE utilizzato in una procedura d'appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono ancore valide.
Il DGUE, in formato elettronico, consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni: a) non si trova in una delle situazioni di cui all'art. 80 (Motivi di esclusione) del D.Lgs. n. 50 del 2016; b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'art. 83 (Criteri di selezione e soccorso istruttorio) del codice; c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'art. 91 (Riduzione del numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare) del D.Lgs. n. 50 del 2016.
Il DGUE fornisce, inoltre, le informazioni rilevanti richieste dalla stazione appaltante e le informazioni di cui al comma 1 relative agli eventuali soggetti di cui l'operatore economico si avvale ai sensi dell'articolo 89, indica l'autorità pubblica o il terzo responsabile del rilascio dei documenti complementari e include una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico è in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti. Tuttavia, se la stazione appaltante può ottenere i documenti complementari direttamente accedendo alla banca dati di cui all'art. 81 del codice, il DGUE riporta le informazioni richieste a tale scopo, i dati di individuazione e, se del caso, la necessaria dichiarazione di consenso.
Se ciò è necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura, la stazione appaltante può chiedere agli offerenti e ai candidati di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi.
L'art. 83 del codice prevede che "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo (...), con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed

economica" può essere regolarizzata, su richiesta della stazione appaltante entro il termine (non superiore a dieci giorni) da questa stabilito.
L'istituto del cd. Soccorso istruttorio tende a soddisfare l'esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto, evitando che le procedure ad evidenza pubblica possano registrare la presenza di un numero esiguo di operatori economici a causa di mere carenze formali aventi ad oggetto la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di ordine generale o di capacità.
Riguardo all'onerosità dell'istituto, l'art. 83, comma 9, del codice prevede una sanzione pecuniaria (stabilita dal bando di gara), in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e, comunque, non superiore a euro 5.000 (da versare solo nel caso di regolarizzazione) che però non si applica nel caso di "irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali".
In sostanza, la nuova disciplina prevede che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possano essere sanate attraverso la procedura del soccorso istruttorio, mediante il pagamento della sanzione pecuniaria indicata in favore della stazione appaltante, a cura del concorrente che ha dato causa alla mancanza, all'incompletezza e ad ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica.
Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili "le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".
La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione (a pena di esclusione). In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara.

Subappalto e Avvalimento

L'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016 reca una nuova disciplina in tema di subappalto prevedendo l'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta, oltre alle parti del contratto che intende subappaltare, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista nel progetto.

Gli operatori economici che partecipano alla procedura ad evidenza pubblica devono dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione ed hanno l'obbligo di sostituire coloro in relazione ai quali sono stati appurati motivi di esclusione.
Altra novità riguarda il regime dei pagamenti dei corrispettivi, posto che si prevede (a differenza che in passato) l'obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori solo in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore oppure qualora sia il medesimo subappaltatore a richiederlo, sempre che la natura del contratto lo consenta, per i servizi, le forniture o i lavori forniti.
Nel caso in cui il subappaltatore coincida con una micro impresa o una piccola impresa (P.M.I.), la stazione appaltante deve procedere al pagamento diretto, fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'UE, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori(11).
L'avvalimento è, invece, disciplinato dall'art. 89 del nuovo codice. Si tratta dell'istituto che consente a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dai legami sussistenti con questi ultimi.
La nuova disciplina stabilisce che l'operatore economico, singolo o in raggruppamento, in relazione ad uno specifico appalto, possa soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, necessari per partecipare ad una procedura di gara, con esclusione dei requisiti di cui all'art. 80 (motivi di esclusione), nonché il possesso dei requisiti di qualificazione, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.
Il concorrente da prova alla stazione appaltante di disporre dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.
Nel caso di dichiarazioni mendaci(12), la stazione appaltante esclude il concorrente ed escute la garanzia.

L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione, in originale o copia autentica, anche il contratto in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.
È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie ma, l'ausiliario non può avvalersi, a sua volta, di altro soggetto.
Nella singola gara non è ammesso, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti. Il contratto è, comunque, eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione mentre, l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.
La stazione appaltante è chiamata a verificare se i soggetti di cui il concorrente intende avvalersi soddisfano i criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione. Nel caso in cui le verifiche diano esito negativo, la stazione appaltante obbliga l'operatore economico a sostituire i soggetti in questione (purché si tratti di requisiti tecnici).
Negli appalti di lavori, di servizi e nelle operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.
La stazione appaltante esegue verifiche anche in corso di esecuzione in relazione all'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, oltre che riguardo all'effettivo impiego delle risorse nell'esecuzione dell'appalto. Il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.
A fini di vigilanza e pubblicità, la stazione appaltante è tenuta a trasmettere all'ANAC le dichiarazioni di avvalimento, indicando l'aggiudicatario.
Circa i profili di responsabilità, il concorrente e l'impresa ausiliaria devono ritenersi responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

Gli obblighi previsti dalla disciplina antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in relazione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.
L'avvalimento non è ammesso se nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. Inoltre, non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 212 del D.Lgs. n. 152/2006.

Concessioni, partenariato pubblico privato e sussidiarietà orizzontale
Il nuovo codice, per la prima volta, disciplina compiutamente l'istituto della concessione, dettando una normativa unitaria per le concessioni di lavori, servizi e forniture e regolamentando l'istituto del Partenariato pubblico privato (PPP) "quale disciplina generale autonoma e a sé stante, quale forma di sinergia tra poteri pubblici e privati per il finanziamento, la realizzazione o la gestione delle infrastrutture o dei servizi pubblici, affinché l'amministrazione possa disporre di maggiori risorse e acquisire soluzioni innovative (...)"(13).
In linea con la normativa europea, le concessioni sono considerate contratti di durata, la cui caratteristica principale, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica. In tal modo, è stata precisata la definizione di concessione facendo riferimento al concetto di rischio operativo, anche per attenuare le difficoltà legate all'interpretazione degli istituti del contratto di concessione e dell'appalto pubblico(14).
Come è noto, la cooperazione tra pubblico e privato è espressione del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dalla nostra Costituzione all'art. 118, comma 4, il quale stabilisce che "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà"(15).
Il nuovo codice ha inteso razionalizzare ed estendere le forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, cui si aggiunge la previsione di incentivarne l'impiego anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici.

In base a quanto stabilito dall'art. 3, comma 1, lett. eee) del codice, il contratto di partenariato pubblico privato è il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore(16).
L'art. 180 del codice precisa che il contratto di partenariato può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi. Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna. Il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera.
A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi (tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico). L'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita ex ante, ovvero rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo.
È ovvio che l'equilibrio economico finanziario(17) rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi. Ai fini del

raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico.
L'art. 189 del nuovo codice si occupa, in particolare, degli interventi di sussidiarietà orizzontale.
In merito alla gestione di aree e immobili ceduti al comune ed alle relative agevolazioni tributarie, il comma 1 del citato art. 189 prevede che le aree riservate al verde pubblico urbano e taluni immobili già ceduti al comune possono essere affidati ai cittadini dietro incentivi e agevolazioni tributarie.
Le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati, possono essere affidati in gestione, per quanto concerne la manutenzione, con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni e su cui insistono i suddetti beni o aree, nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento.
Per gestire tali beni, i cittadini residenti costituiscono un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno il 66%(percento) della proprietà della lottizzazione.
Le regioni e i comuni possono prevedere incentivi alla gestione diretta delle aree e degli immobili, innanzi visti, da parte dei cittadini costituiti in consorzi anche mediante riduzione dei tributi propri.
Relativamente alle opere di interesse locale proposte da cittadini, i commi 2 e seguenti del richiamato art. 189 del nuovo codice, disciplinano la realizzazione di opere di interesse locale proposte all'ente locale territoriale da parte di cittadini organizzati.
A tal fine, gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicando i costi e i mezzi di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo.
La gestione della proposta da parte dell'ente locale può essere disciplinata mediante regolamento dell'ente locale il quale, comunque, provvede sulla

proposta, con il coinvolgimento di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati (se necessario), fornendo prescrizioni ed assistenza.
Decorsi due mesi dalla presentazione della proposta, la proposta stessa si intende respinta. Entro il medesimo termine l'ente locale può, con motivata delibera, disporre l'approvazione delle proposte formulate, regolando altresì le fasi essenziali del procedimento di realizzazione e i tempi di esecuzione.
La realizzazione degli interventi che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle disposizioni vigenti(18).
Le spese per la realizzazione delle opere non possono generare oneri fiscali ed amministrativi a carico del gruppo attuatore, fatta eccezione per l'IVA. Le spese per la formulazione delle proposte e la realizzazione delle opere sono, fino alla attuazione del federalismo fiscale, ammesse in detrazione dall'IRPEF dei soggetti che le hanno sostenute, nella misura del 36 per cento, nel rispetto dei limiti di ammontare e delle modalità di cui all'art. 1, L. 27 dicembre 1997, n. 449 e relativi provvedimenti di attuazione, e per il periodo di applicazione delle agevolazioni previste dal medesimo articolo 1. Successivamente, ne sarà prevista la detrazione dai tributi propri dell'ente competente.
Le opere realizzate sono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente pubblico(19).
L'art. 190 del D.Lgs. n. 50/2016, prevede che "Gli enti territoriali definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa."(20).
La nuova disciplina riguarda tutti gli enti territoriali interessati (regioni, province, città metropolitane, comune, comunità montane), i quali

definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale.
I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati.
Gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa.
Una particolare forma di partenariato è quella prevista all'art. 65 del nuovo codice, il quale stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti.
Nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori fissano (in modo sufficientemente preciso da permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se partecipare alla procedura) i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare.
Nell'ambito del partenariato per l'innovazione qualsiasi operatore economico può formulare una domanda di partecipazione in risposta a un bando di gara o ad un avviso di indizione di gara, presentando le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa.

Validazione dei progetti e modifiche contrattuali

In base a quanto previsto dalla L. n. 11/2016(21), il Governo è stato delegato ad operare una revisione e semplificazione della disciplina vigente in tema di progettazione, stabilendo la soglia di importo al di sotto della quale la validazione dei progetti è di competenza del responsabile

unico del procedimento nonché, il divieto dello svolgimento contemporaneo delle attività di validazione e di progettazione in capo allo stesso soggetto, al fine di evitare conflitti di interesse.
La nuova disciplina è contenuta negli artt. 23 (Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi), 24 (Progettazione interna e esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici), 25 (Verifica preventiva dell'interesse archeologico) e 26 (Verifica preventiva della progettazione).
Con tali disposizioni si è inteso incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione delle opere a regola d'arte, nei tempi previsti dal progetto e senza ricorrere a varianti in corso d'opera, prevedendo che dovrà essere destinata una somma non superiore al 2%(percento) dell'importo posto a base di gara per le attività tecniche svolte dai dipendenti pubblici relativamente alla programmazione della spesa per investimenti, alla predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di direzione dei lavori e di collaudo, con particolare riferimento al profilo dei tempi e dei costi, escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione.
L'art. 106 del D.Lgs. n. 50 del 2016 contiene diverse novità in tema di varianti in corso d'opera, al fine di contenere il ricorso a tale istituto ed, in particolare, alle variazioni progettuali nel corso dell'esecuzione del rapporto.
A tale scopo, la nuova disciplina distingue tra variazioni sostanziali e non sostanziali nella fase di esecuzione dell'appalto(22).
Le varianti vanno motivate facendo riferimento alla ricorrenza di condizioni impreviste e imprevedibili. Tale previsione ha carattere innovativo in quanto elimina l'ipotesi che, ai sensi dell'art. 132, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006, ammetteva l'uso delle varianti in relazione all'errore progettuale e nel limite del 20%(percento) dell'importo.
In sostanza, le variante appaiono consentite solo per sopravvenute circostanze (forza maggiore e varianti non necessarie ma migliorative).
Ciò risulta in linea con la scelta di valorizzare la fase progettuale (sia negli appalti che nei contratti di concessione di lavori), limitando l'appalto integrato (con affidamento dei lavori in base al progetto preliminare), con l'obiettivo di ridurre gli errori progettuali e di responsabilizzare il progettista.
La nuova disciplina attribuisce, in sostanza, al responsabile del procedimento il potere di autorizzare le varianti in corso d'opera. In

particolare, qualora la variante comporti la necessità di una ulteriore spesa rispetto a quella prevista nel quadro economico del progetto approvato, la competenza ad approvarla è attribuita all'organo decisionale della stazione appaltante mentre, negli altri casi (in cui non si registra un aumento di spesa o, nel caso di varianti migliorative con aumento di spesa inferiore al 5%(percento)) la competenza è del responsabile del procedimento.
Comunque, la stazione appaltante ha sempre facoltà di procedere alla risoluzione del contratto quando le variazioni superino determinate soglie rispetto all'importo originario, introducendo, in tal modo, una nuova ipotesi facoltativa di risoluzione del contratto che, forse, sarebbe meglio ricondurre all'istituto del recesso unilaterale.
La nuova disciplina prevede uno specifico regime sanzionatorio applicabile alle stazioni appaltanti in caso di mancata o tardiva comunicazione all'ANAC di tutte le variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.
Una particolare disciplina in tema di varianti relative agli appalti nel settore dei beni culturali è contenuta nell'art. 146 del nuovo codice.

Le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese

Una delle novità contenute nel nuovo codine consiste nel superamento del sistema della c.d. "legge obiettivo", introdotto con la L. 21 dicembre 2001, n. 443 ("Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive"), con il quale era stato creato un particolare canale di finanziamento, di approvazione dei progetti e di esecuzione delle cd. infrastrutture strategiche nazionali(23).
La nuova disciplina contenuta negli artt. 200 e 201 del D.Lgs. n. 50/2016, dedica a quelle che oggi sono definite 'infrastrutture e insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese' due strumenti di pianificazione e programmazione generale: il piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL) ed il documento pluriennale di pianificazione (DPP).
Il primo documento reca le linee strategiche delle politiche della mobilità delle persone e delle merci, nonché dello sviluppo infrastrutturale del Paese. Esso è adottato ogni tre anni, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del CIPE, acquisito il parere della Conferenza unificata e sentite le Commissioni parlamentari competenti.

Il secondo documento è adottato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti(24) e contiene l'elenco degli interventi relativi al settore dei trasporti e della logistica la cui progettazione di fattibilità è valutata meritevole di finanziamento, ed è da realizzarsi in coerenza con il PGTL.

Valutazioni conclusive

Le novità segnalate mostrano un quadro normativo articolato e composito, che presenta diverse aporie e lascia aperti problemi legati al completamento della disciplina applicabile a ciascun singolo istituto, che si spera di superare mediante l'emanazione degli atti attuativi dell'ANAC, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, e dalle altre Autorità competenti.

Il D.Lgs. n. 50 del 2016 costituisce un provvedimento di grande rilievo nell'ottica della semplificazione, dello snellimento dei procedimenti e della lotta alla corruzione.

Si tratta, però, di una disciplina che dovrà essere sottoposta alla prova dei fatti, anche in relazione al profilo dell'efficienza delle stazioni appaltanti - le quali sono chiamate a gestire un apprezzabile ampliamento della loro discrezionalità - ed al ruolo di regolatore e controllore dell'Autorità nazionale anticorruzione.

Se da una parte, infatti, l'ampliamento della discrezionalità delle stazioni appaltanti potrebbe consentire di superare le rigidità della previgente disciplina, dall'altro, si potrebbe assistere al formarsi di orientamenti contrastanti e prassi amministrative opinabili che non sempre sarà possibile correggere utilizzando linee guida o incrementando le attività di controllo e vigilanza.

---

(1) Tenuto conto dell'elevato tasso di innovazione che caratterizza la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 ed il conseguente D.Lgs. n. 50 del 2016, il presente lavoro, anche per la natura che gli è propria, senza pretesa di esaustività, reca una sintesi necessariamente generica delle principali e significative novità che caratterizzano l'intervento legislativo in esame, le cui ricadute positive nel sistema delle procedura ad evidenza pubblica sono attese alla prova dei fatti.

(2) Indicano, altresì, il maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente.

(3) L'ANAC deve determinare misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi.
(4) Cfr. art. 1, comma 1, lett. hh) e mm).
(5) Sono considerate di non particolare complessità le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'art. 58 del nuovo codice.
(6) Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'art. 35 bis, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, l'art. 51 c.p.c., nonché l'art. 42 del codice degli appalti.
(7) Come precedentemente affermato dalla Corte cost. con sent. 23 novembre 2007, n. 401, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 84, commi 2, 3, e 8, D.Lgs. n. 163 del 2006 relativi alla composizione e nomina delle commissioni di gara, "nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che le norme in essi contenute abbiano carattere suppletivo e cedevole".
(8) Da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del codice.
(9) Fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo, si applica l'art. 216, comma 12, che prevede che "Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'art.78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.".
(10) Cfr. il modello stabilito dal regolamento di esecuzione (UE) n. 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016.
(11) Il pagamento diretto alle P.M.I. è disciplinato dall'art. 13, comma 2, lett. a) dello Statuto delle Imprese (L. n. 180 del 2011).
(12) Ferma restando l'applicazione dell'art. 80, comma 12, D.Lgs. n. 50/2016, il quale prevede che in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure

di gara e dagli affidamenti di subappalto fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia, nei confronti dei sottoscrittori.
(13) Cfr. comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 107 del 7 marzo 2016.
(14) La direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, che il Governo è delegato a recepire, nel fornire i dati definitori chiarisce che "L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile" (art. 5, Dir. n. 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014). La giurisprudenza europea ha chiarito che per qualificare come "concessione" un contratto avente ad oggetto servizi è sufficiente che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione stessa, per quanto ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione III, Sent., 10 settembre 2009, n. C-206/08).
(15) Lo sviluppo del PPP è spiegato anche con la volontà di beneficiare dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica, e più in generale con l'evoluzione del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da operatore diretto a organizzatore, regolatore e controllore (Commissione europea, Bruxelles, 30 aprile 2004 COM (2004) 327 definitivo). Tuttavia, nel 2009 la Commissione europea osservava che diffusione dei PPP è ancora molto limitata ed essi rappresentano solo una piccola parte degli investimenti pubblici totali (comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, "Mobilitare gli investimenti

pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato", Bruxelles, 19 novembre 2009 COM(2009) 615 definitivo).
(16) La medesima norma precisa che, fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44, comma 1 bis, D.L. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.
(17) Cfr. art. 3, comma 1, lettera fff), D.Lgs. n. 50/2016.
(18) Cfr. D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.
(19) Il comma 6 dell'art. 189 del nuovo codice contiene una norma di salvaguardia, prevedendo che "Restano ferme le disposizioni recate dall'art. 43, commi 1, 2, e 3, L. 27 dicembre 1997, n. 449, in materia di valorizzazione e incremento del patrimonio delle aree verdi urbane". In base a queste disposizioni le pubbliche amministrazioni, al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati, possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati ed associazioni, senza fini di lucro, costituite con atto notarile.
(20) Tale disciplina è difforme da quella contenuta nel D.L. n. 133 del 2014, convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164, la quale, però, non risulta formalmente abrogata.
(21) Cfr. art. 1, comma 1, lett. rr).
(22) Cfr. Comunicato ANAC del 24 novembre 2014 volto a fornire chiarimenti agli obblighi informativi introdotti dal D.L. n. 90 del 2014 sopra citato: l'Autorità ha affrontato i casi di applicazione distorta dell'istituto delle varianti in corso d'opera, enucleando la fattispecie delle "variazioni sostanziali", ossia quelle che introducono nuove categorie generali e/o speciali di lavori e numerosi nuovi prezzi rispetto a quanto previsto dal contratto originario, provocando un effetto discorsivo della concorrenza, dal momento che, in effetti, si va a realizzare un'opera sostanzialmente differente da quella sulla quale è stato svolto il confronto concorrenziale. La variante deve avere carattere accessorio rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita, in quanto in caso contrario si è in presenza non già di una modificazione del progetto, ma di un nuovo contratto.
(23) L'art. 217 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede l'abrogazione dell'art. 1, commi da 1 a 5, L. 21 dicembre 2001, n. 443.

(24) Cfr. D.Lgs. 29 dicembre 2011, n. 228.