

Nuovo Codice dei Contratti Pubblici

(D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)

(GU Serie Generale n.77 del 31-03-2023 - Suppl. Ordinario n. 12)

PRIME RIFLESSIONI SULLA NORMATIVA DEDICATA ALLE IMPRESE PUBBLICHE OPERANTI NEI SETTORI SPECIALI

a cura di

Avv. Matteo Candidi

Roma, 7 luglio 2023

■ LA STRUTTURA

LIBRO I - PRINCIPI, DIGITALIZZAZIONE, PROGRAMMAZIONE E PROGETTAZIONE (artt. 1 – 47)

LIBRO II - DELL'APPALTO (artt. 48 – 140)

LIBRO III - DELL'APPALTO NEI SETTORI SPECIALI

PARTE I - Disposizioni Applicabili e Ambito Soggettivo (artt. 141 – 152)

PARTE II - Delle Procedure di Scelta Del Contraente (artt. 153 – 158)

PARTE III - Dei Bandi, degli Avvisi e degli Inviti (artt. 159 – 166)

PARTE IV - Della Selezione dei Partecipanti e delle Offerte (artt. 167 – 173)

LIBRO IV - PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E CONCESSIONI (art. 174 – 208)

LIBRO V - CONTENZIOSO E ANAC. DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE (Art. 209 – 229)

■ CONSIDERAZIONI SISTEMATICHE

- In generale, l'impostazione del nuovo Codice tende a riconoscere ai settori speciali **maggiore autonomia e libertà** di azione rispetto al Codice 50.
- Il **LIBRO III** si propone di introdurre una **disciplina pressoché completa ed autosufficiente* dei settori speciali**, superando le incertezze interpretative del D.lgs. 50/2016 specialmente in relazione ai rinvii alle norme dei settori ordinari da applicare *“in quanto compatibili”*.
- Le disposizioni sulle **IMPRESE PUBBLICHE** non sono contenute, tuttavia, per intero, in tale libro, essendo presenti norme **«spot»** in altri libri del Codice.

***Nb.** Il Codice non reca allegati dedicati al libro III.

Art. 141 - AMBITO DI APPLICAZIONE

A chi si applica la disciplina sui **SETTORI SPECIALI** del libro III?

- **STAZIONI APPALTANTI E AGLI ENTI CONCEDENTI** che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152 (ossia nei settori relativi a **reti gas ed energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, porti ed aeroporti, servizi postali, estrazione gas, petrolio, carbone o altri combustibili solidi**)
- **AGLI ALTRI SOGGETTI** che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dagli articoli da 146 a 152 e **OPERANO IN VIRTÙ DI DIRITTI SPECIALI O ESCLUSIVI**.
- **Le IMPRESE PUBBLICHE E I SOGGETTI TITOLARI DI DIRITTI SPECIALI O ESCLUSIVI*** applicano le disposizioni del **Libro III SOLO** per i **CONTRATTI STRUMENTALI DA UN PUNTO DI VISTA FUNZIONALE** a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152 (comma 2).

***Nb.** Rispetto al Codice 50, la categoria dell'ente **aggiudicatore** (previsto da Dir. 2014/25/UE) - che includeva amministrazioni aggiudicatrici, imprese pubbliche e titolari di diritti speciali o esclusivi nei settori speciali – è stata sostituita da quelle più generali di **stazioni appaltanti ed enti concedenti**.

Art. 141 - AMBITO DI APPLICAZIONE

Il **soggetto privato** che opera in virtù di diritti esclusivi, così come **l'impresa pubblica**, è obbligato ad indire gare ad evidenza pubblica solo al ricorrere di **due concorrenti presupposti**:

1. **quando esso opera nei settori speciali;**
2. **quando oggetto dell'affidamento siano attività strumentali a quella svolta nei settori speciali"**

(Cons. Stato, V, 29 gennaio 2018, n. 590, confermata da Cass., SS.UU., 13 maggio 2020, n. 8849; già Cons. Stato, V, 26 maggio 2015, n. 2639).

*"l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali **non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo**, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche **in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale**" (Cons. Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16); infatti, "per determinare se l'affidamento di un appalto sia assoggettato alla disciplina dei settori speciali occorre sia un presupposto soggettivo (l'affidante dev'essere un ente operante nei settori speciali) sia un presupposto oggettivo (l'appalto deve essere strumentale all'attività speciale)" (Cons. Stato, n. 590 del 2018, cit.).*

■ LE DEFINIZIONI – Art. 1 All. I.1

f) «**IMPRESA PUBBLICA***», l'impresa sulla quale le stazioni appaltanti possono esercitare, direttamente o indirettamente, **un'influenza dominante** o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano detta impresa. **L'influenza dominante è presunta** quando le stazioni appaltanti, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

- 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
- 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;
- 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa;

*Nb. invariata rispetto alla previsione dell'art. 3, co 1, lett. t), del D. lgs. 50/2016.

■ LE DEFINIZIONI – Art. 1 All. I.1

g) «**SOGGETTI TITOLARI DI DIRITTI ESCLUSIVI O SPECIALI***», i titolari di diritti concessi dallo Stato o dagli enti locali ovvero da altre amministrazioni pubbliche attraverso atti di carattere legislativo, regolamentare o amministrativo, adeguatamente pubblicati, aventi l'effetto di riservare, rispettivamente, a uno o più operatori economici **l'esercizio delle attività previste dagli articoli da 146 a 152 del codice** e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività.

NB. Non costituiscono diritti esclusivi o speciali i diritti concessi in virtù di un procedimento a evidenza pubblica basato su criteri oggettivi e idoneo a garantire un'adeguata trasparenza.

■ AMBITO DI APPLICAZIONE DEL CODICE – art. 141, comma 2

NB. Il Codice **non contiene** la definizione di contratto «**STRUMENTALE DA UN PUNTO DI VISTA FUNZIONALE**». Sul punto, la **GIURISPRUDENZA** ha dato diverse indirizzi interpretativi:

- *“tutte le attività che presentano un nesso con l'attività rientrante nel settore speciale, nel senso che servono effettivamente all'esercizio di tale attività consentendone la realizzazione in maniera adeguata, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio”*. Sono state quindi considerate “strumentali” prestazioni aventi una mera semplice **attinenza – anche indiretta – ad una o più delle attività dei settori speciali**, come i servizi di portierato e di reception (Corte di Giustizia, 28 ottobre 2020, n. C-521/18) – **strumentalità in senso ampio**;
- *“Il concetto di strumentalità dell'appalto dev'essere interpretato in modo ragionevolmente restrittivo”,* intendendosi per tale un affidamento che sia finalizzato *“agli scopi propri (core business) dell'attività speciale”* (Cons. Stato, n. 590 del 2018, cit.; Id., Ad. plen. 11 del 2016, cit.) – **strumentalità in senso ristretto**.

■ **AMBITO DI APPLICAZIONE DEL CODICE – art. 141, comma 2**

Pertanto, si rende necessario «**caso per caso**» qualificare l'oggetto dell'affidamento controverso, verificando anzitutto se lo stesso possa o meno ricondursi ad **attività strumentali** alla gestione.



AL DI FUORI DI TALI CONTRATTI,

- **le imprese pubbliche ed i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi che operano nei settori speciali applicano la **disciplina civilistica ed esercitano la propria più ampia autonomia negoziale.****
(NON APPLICANO QUINDI LA DISCIPLINA DEL CODICE DEDICATA AI SETTORI ORDINARI)

Nb. Nel caso invece di **amministrazioni aggiudicatrici operanti nei settori SPECIALI** (ad esempio, organismi di diritto pubblico) **per gli appalti estranei ai settori speciali, si applica la più rigida disciplina prevista per i settori ORDINARI.** Ciò, in quanto le imprese pubbliche sono enti aggiudicatori nei settori speciali (vedi art. 4 Dir. 2014/25/UE) ma non sono contemplate tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (vedi artt. 1 e 2 Dir. 2014/24/UE).

■ LE NORME CHE DEVONO APPLICARE LE IMPRESE PUBBLICHE:

- I. LE NORME «AD HOC» PER LE IMPRESE PUBBLICHE*
- II. LE NORME «AD HOC» DEL LIBRO III PER I SETTORI SPECIALI**
- III. LE NORME DEI SETTORI ORDINARI APPLICABILI AI SETTORI SPECIALI**.

La nozione di «STAZIONE APPALTANTE**» (art. 1. all. 1, lettera a) include «**qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice**». Conseguentemente, **le imprese pubbliche, ai fini dell'affidamento dei contratti strumentali, rientrano nella nozione di stazione appaltante e, come tali, applicano le relative norme previste per i settori speciali, sempre se il Codice non preveda una disciplina *ad hoc*.**

***Nb.** Tali norme non sono contenute esclusivamente nel libro III.

■ **LE NORME AD HOC PER LE IMPRESE PUBBLICHE NEI SETTORI SPECIALI**

- **Art. 50, co 5: APPALTI «SOTTO-SOGLIA»;**
- **Art. 62, co 17: QUALIFICAZIONE S. A.;**
- **Art. 141, co 2: AMBITO DI APPLICAZIONE DEL CODICE**
- **Art. 141, co 4: LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA e RUP;**
- **Art. 169, co 1: ILLECITO PROFESSIONALE.**

■ IMPRESE PUBBLICHE E TITOLARI DI DIRITTI SPECIALI O ESCLUSIVI OPERANTI NEI SETTORI SPECIALI – ART. 50, COMMA 5 – APPALTI «SOTTO-SOGLIA»

Le **imprese pubbliche** che operano nei **SETTORI SPECIALI** - reti gas ed energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, porti ed aeroporti, servizi postali, estrazione gas, petrolio, carbone o altri combustibili solidi -

ai fini dell'affidamento dei **contratti “sotto-soglia”**, **APPLICANO** la disciplina stabilita nei **rispettivi REGOLAMENTI**.

Conseguentemente,

le imprese pubbliche* **NON APPLICANO** le disposizioni del **libro II, parte I (artt. 48 – 55)**, che il Codice dedica all'affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie europee nei **settori ordinari**. **BENSÌ ADOTTANO UN REGOLAMENTO AD HOC**.

*come tutti i soggetti operanti nei settori speciali, ai sensi art. 141, co 3 - che non richiama libro II, parte I, tra le norme applicabili ai settori speciali.

■ IL REGOLAMENTO PER GLI APPALTI «SOTTO-SOGLIA» – ART. 50, COMMA 5

Nel caso in cui I **CONTRATTI PRESENTINO** un **INTERESSE TRANSFRONTALIERO CERTO***, la **disciplina** contenuta nei regolamenti adottati dalle imprese pubbliche deve essere **CONFORME AI PRINCIPI DEL TRATTATO SULL'UE (TFUE) A TUTELA DELLA CONCORRENZA**.

- Cosa comporta? Procedure più o meno flessibili?
- Si possono applicare le procedure per il «sottosoglia» nei settori ordinari?
- Affidamento diretto può definirsi pro-concorrenziale?

**NB. Articolo 36, co 8, d.lgs. 50/2016 non differenzia in base alla presenza o meno dell'interesse transfrontaliero certo, prevedendo sempre che i regolamenti debbano essere conformi ai principi del trattato sull'UE a tutela della concorrenza.*

■ DA CONSIDERARE CHE

L'obiettivo principale delle norme UE in materia di concorrenza è garantire il corretto funzionamento del mercato interno, **consentendo alle imprese di competere in condizioni di parità**. Ora, **il TFUE dedica la parte III, titolo VII, capo I (art. 101 - 109) alle norme sulla concorrenza nel mercato interno**. In particolare:

- Il divieto generale di **accordi restrittivi della concorrenza tra imprese** (articolo 101 TFUE);
- Il divieto di **sfruttamento abusivo** di una posizione dominante (articolo 102 TFUE);
- Procedura di controllo delle **concentrazioni**, con divieto per le fusioni che comportano una riduzione della concorrenza;
- Il divieto di concedere **aiuti di Stato** (articolo 107 TFUE).

Nb. La norma non fa riferimento al principio di concorrenza nell'ambito delle direttive europee in materia di contratti pubblici. Tuttavia, la base giuridica di tali direttive si è sempre fondata, non già sui principi del trattato in materia di concorrenza (art. 101 e seg. TFUE), bensì **sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi** espressamente richiamati nelle premesse e nei considerando delle direttive. **Da questi principi la Direttiva 2014/24/UE fa derivare i principi della parità di trattamento, di non discriminazione di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza attorno ai quali si sviluppa l'intera disciplina** (considerando n. 1).

■ RELAZIONE ILLUSTRATIVA DEL CDS SUL CODICE

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

**il riferimento è all'art. 50 del Codice, che regola le procedure di affidamento dei contratti «sottosoglia».*

■ IN LINEA CON IMPOSTAZIONE DEI SETTORI ORDINARI (art. 48)

- a) Se i contratti «sottosoglia» **PRESENTANO interesse transfrontaliero certo**, si applicano le procedure **ORDINARIE**, contemplate per il “**soprasoglia**” - e non di quelle della Parte I del Libro II riferite al “sottosoglia”.
- b) Se invece tali contratti **NON presentano interesse transfrontaliero certo**,
 - l’affidamento e l’esecuzione si svolgono nel rispetto dei **PRINCIPI di cui al Libro I, Parti I – i principi generali - e II – digitalizzazione del ciclo vita dei contratti**;
 - si applicano, **SE NON DEROGATE DALLA PARTE I del LIBRO II**, le disposizioni del codice;
 - gli affidamenti avvengono nel rispetto del **PRINCIPIO DI ROTAZIONE (art. 49)**.

■ APPALTI «SOTTO-SOGLIA» SENZA INTERESSE TRASFRONTALIERO CERTO

Le imprese pubbliche devono comunque applicare la disciplina prevista nei rispettivi **REGOLAMENTI**.

I contenuti?

- Possono applicare la normativa sul «sottosoglia» **valida per i settori ordinari?**
- Possibile affidamento diretto a discrezione della stazione appaltante?
- Nessun obbligo di gara, nemmeno informale?

DA CONSIDERARE CHE:

a) Ai sensi dell'articolo 13 del Codice, le disposizioni del codice **NON si applicano**

1. ai contratti esclusi,
2. ai contratti **ATTIVI** e
3. ai contratti a titolo gratuito,

anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto. **In tali casi, l'affidamento dei relativi contratti avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1 (risultato), 2 (fiducia) e 3 (accesso al mercato).**

b) In ogni caso, ci sono i principi di **imparzialità, parità di trattamento e trasparenza**, sanciti dall' art. 97 Cost. e ribaditi dall'art. 1 della legge n. 241/1990.

■ IMPRESE PUBBLICHE E TITOLARI DI DIRITTI SPECIALI O ESCLUSIVI OPERANTI NEI SETTORI SPECIALI – ART. 50, COMMA 5

Gli **altri soggetti** (privati) **che operano nei SETTORI SPECIALI** in virtù di diritti speciali o esclusivi. applicano la disciplina stabilita nei rispettivi **REGOLAMENTI, LA QUALE DEVE ESSERE (SEMPRE – NON SOLO QUANDO VI È INTERESSE TRANSFRONTALIERO) CONFORME AI PREDETTI PRINCIPI DEL TRATTATO UE.**

■ RELAZIONE ILLUSTRATIVA DEL CDS SUL CODICE

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

Se così, tali soggetti non sembrano poter mai applicare la disciplina per gli appalti «sottosoglia» prevista per i settori ordinari?

NB. IL CODICE NON PREVEDE LA DEFINIZIONE DI INTERESSE TRANSFRONTALIERO CERTO

Per la **CORTE DI GIUSTIZIA UE** (sentenza 15 maggio 2008, C. 147/06)

- *“spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, **PRIMA DI DEFINIRE LE CONDIZIONI DEL BANDO DI APPALTO**, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale”*
- *Inoltre “una **NORMATIVA** può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali criteri potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori.*
- *Si potrebbe altresì escludere l'esistenza di un tale interesse nel caso, ad esempio, di un valore economico molto limitato dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 20). È tuttavia necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo” (ancora Corte di Giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06)*

■ DA CONSIDERARE CHE:

Ai sensi dell'art. 141, comma 3, **TRA LE PRINCIPALI NORME DEI SETTORI ORDINARI CHE NON SI APPLICANO ai SETTORI SPECIALI**, VI SONO QUELLE DEDICATE AGLI **APPALTI «SOTTO-SOGLIA»** (ARTT. 48 - 55), CONTENUTE AL LIBRO II, PARTE I.

- **LE STAZIONI APPALTANI E GLI ENTI CONCEDENTI CHE OPERANO NEI SETTORI SPECIALI QUALE NORMATIVA DEVONO APPLICARE PER GLI AFFIDAMENTI «SOTTOSOGLIA»?**
- **LE NORME GENERALI DEFINITE PER GLI AFFIDAMENTI NEI SETTORI SPECIALI?**
- **POSSONO APPLICARE FACOLTATIVAMENTE QUELLE PER IL «SOTTOSOGLIA» NEI SETTORI ORDINARI?**

SEMBRA ESSERE PREVISTA UNA DISCIPLINA AD HOC SOLO PER LE IMPRESE PUBBLICHE E I TITOLARI DI DIRITTI SPECIALI O ESCLUSIVI (ART. 50, CO 5)

■ AGGREGAZIONI E CENTRALIZZAZIONE DELLE COMMITTENZE - art. 62, co 17

Dall'applicazione degli articoli 62 e 63 – **QUALIFICAZIONE DELLE S.A. E CENTRALI DI COMMITTENZA - SONO ESCLUSI LE IMPRESE PUBBLICHE E I SOGGETTI PRIVATI TITOLARI DI DIRITTI SPECIALI O ESCLUSIVI** quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152.

Per tali enti e soggetti, con modifiche e integrazioni all'allegato II.4 – che regola la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza - **POSSONO** essere disciplinati:

- **I CRITERI DI QUALIFICAZIONE** e
- le regole di iscrizione nell'elenco ANAC,
- oltre che le regole di funzionamento e
- gli ambiti di riferimento delle relative centrali di committenza.

■ **DA CONSIDERARE TUTTAVIA CHE**

Ai sensi dell'articolo 141, comma 3, lettera f), **TRA LE PRINCIPALI NORME DEI SETTORI ORDINARI CHE NON SI APPLICANO AI SETTORI SPECIALI**, vi sono anche le seguenti:

- **Aggregazioni e centralizzazione delle committenze (art. 62) e**
- **Qualificazione S.A. e centrali di committenza (art. 63);**

LE STAZIONI APPALTANTI E GLI ENTI CONCEDENTI CHE OPERANO NEI SETTORI SPECIALI COME DEVONO COMPORTARSI? VI RIENTRANO NEL «TUTTE LE STAZIONI APPALTANTI» DI CUI ALL'ARTICOLO 62?

È PREVISTA UNA DISCIPLINA AD HOC SOLO PER LE IMPRESE PUBBLICHE E I TITOLARI DI DIRITTI SPECIALI O ESCLUSIVI

■ **VARIANTI IN CORSO D'OPERA E RUP – art. 141, comma 4**

Le **imprese pubbliche e i soggetti titolari** di diritti speciali o esclusivi hanno facoltà di adottare propri atti, con i quali possono in via preventiva:

- a) istituire e gestire **sistemi di qualificazione** degli operatori economici*;
- b) prevedere una disciplina di **adattamento delle funzioni del RUP** alla propria organizzazione;
- c) specificare la nozione di **VARIANTE IN CORSO D'OPERA** in funzione delle **esigenze proprie del mercato** di appartenenza e delle **caratteristiche di ciascun settore**, nel rispetto dei principi e delle norme di **diritto dell'Unione europea**.

Nb. Da leggere in combinato con gli artt. 162 e 168, che consentono in generale alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di istituire e gestire un sistema di qualificazione degli O.E.

■ PROCEDURE DI GARA CON SISTEMI DI QUALIFICAZIONE

- *Ai sensi dell'art. 141, co 4, lett. a), le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono **istituire e gestire un sistema di qualificazione degli operatori economici**, a cui gli operatori economici possono chiedere in qualsiasi momento di essere qualificati.*

A tal fine, con propri atti, pubblicati sul sito istituzionale o comunque trasmessi agli O.E., devono:

- *stabilire norme e criteri oggettivi per il funzionamento del sistema di qualificazione, che può essere articolato in vari stadi di qualificazione, l'eventuale aggiornamento periodico dello stesso e la sua durata;*
- ***disciplinare i requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie e alle capacità tecniche e professionali** necessarie all'iscrizione al sistema; i requisiti possono anche essere quelli previsti dagli articoli 100 e 103 ed in tal caso si applicano gli articoli 91 e 105;*
- *Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti **prevedono** negli atti che non possono essere iscritti gli operatori economici per i quali sussistano **cause di esclusione** ai sensi del combinato disposto degli articoli **94, 95, 96, 97, 98 e 169** (**illecito professionale ad hoc**).*

■ LE FUNZIONI DEL RUP – art. 141, comma 4, lett. b)

Ai sensi dell'art. **141, comma 3, lettera b)**, l'**articolo 15**, che disciplina le funzione del **RUP**, si applica solo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che sono amministrazioni aggiudicatrici.

Non si applica quindi alle imprese pubbliche e titolari di diritti speciali o esclusivi, che lo regolano autonomamente, ai sensi del citato comma 4, **adattandone le funzioni del RUP alla propria organizzazione, tramite atti *ad hoc*.**

■ LE VARIANTI – art. 141, comma 4, lett. c)

«specificare la nozione di **VARIANTE IN CORSO D'OPERA** in funzione delle **esigenze proprie del mercato** di appartenenza e delle **caratteristiche di ciascun settore**, nel rispetto dei principi e delle norme di **diritto dell'Unione europea**».

- Ai sensi dell'art. 120, comma a, lett. c), per **VARIANTI IN CORSO D'OPERA** si intendono «*le modifiche resesi necessarie in corso di esecuzione dell'appalto per effetto di circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante. Rientrano in tali circostanze nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*» - **nb.** Trova applicazione anche nei settori speciali (vedi art. 141, co 1, lett. i)

IL PARAMENTRO COMUNITARIO DI RIFERIMENTO:

- **Art. 64** Dir. 2014/25/UE, che disciplina le **varianti** (da intendersi come varianti progettuali in sede di offerta);
- **Art. 89** Dir. 2014/25/UE, che disciplina la **modifica dei contratti durante il periodo di validità** – **nb.** recepito nell'art. 120 del Codice, all'interno del quale viene definita la nozione di variante in corso d'opera.

■ LE VARIANTI – art. 141, comma 4, lett. c)

Potrebbe essere l'occasione per reintrodurre, con atti propri delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi, una disciplina espressa delle varianti in corso d'opera dovute a

- a) *«manifestarsi di **errori o di omissioni del progetto esecutivo** che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione»;*
- b) *«presenza di eventi legati alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene, ovvero i rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale, fra cui la cosiddetta **sorpresa geologica e i ritrovamenti di carattere archeologico**».*

Tale disciplina, in precedenza espressamente prevista dal D.lgs. 163/2006 e Dpr 207/2010, non è stata trasfusa nel Codice 50/2016 e nel Codice 36/2023, creando numerosi rallentamenti in fase di realizzazione dei lavori.

■ LE VARIANTI AD HOC: I POSSIBILI LIMITI - art. 141, comma 4, lett. c)

- a) Rimane fermo che, in caso di **varianti in corso d'opera**, il contratto può essere modificato solo se l'eventuale aumento di prezzo **non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale**.
- In caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica.
 - Tali modifiche successive non eludono l'applicazione del codice. (art. 120, comma 2)
- a) Ai sensi dell'art. 141, comma 3, lett. ì), la restante parte della disciplina contenuta nell'articolo 120, relativa **alle modifiche dei contratti i corso di esecuzione**, trova applicazione anche per i **settori speciali** e, quindi, per i contratti affidati dalle imprese pubbliche e dai titolari di diritti speciali o esclusivi operanti in tali settori. Quindi, rimane sempre ferma la possibilità, ad esempio, di adottare una **variante per rinegoziazione**, ai sensi del comma 8 - in linea con l'applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9) e della revisione dei prezzi (art. 60), la cui applicabilità è prevista nei settori speciali.

■ ILLECITO PROFESSIONALE – art. 169, comma 1

*Con propri atti, **pubblicati sui propri siti istituzionali e, comunque, accessibili a tutti gli operatori economici interessati,***

ferme le cause di esclusione automatica di cui all'articolo 94,

le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali esclusivi **POSSONO STABILIRE PREVENTIVAMENTE QUALI CONDOTTE COSTITUISCONO GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI** agli effetti degli articoli 95, comma 1, lettera e) e 98.*

*(cd **procedure regolamentate**)*

*NB. il comma secondo fa, invece, riferimento alle stazioni appaltanti ed enti concedenti, complessivamente considerati, prevedendo la possibilità di ridurre – previa fissazione di criteri oggettivi di selezione - il numero dei candidati che saranno invitati a presentare offerta (cd «**forcella**»)

■ RELAZIONE CDS SUL CODICE

*Si tratta di procedure di gara che sono precedute dall'adozione di atti interni con i quali **stazioni appaltanti o gli enti concedenti (?)** adottano una propria disciplina in merito alle cause di esclusione e ai criteri di selezione e sulla base di questa disciplina svolgono tali procedure di gara.*


*In particolare, nel comma 1 è previsto che **stazioni appaltanti o gli enti concedenti (?)** possano elaborare proprie regole in materia di cause di esclusione, definendo quali condotte siano rilevanti come “grave illecito professionale” ai sensi dell’articolo 94 e seguenti.*

Nel comma 2, in adesione alle previsioni di cui alla dir. 2014/25/UE, è previsto che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possano ridurre – previa fissazione di criteri oggettivi di selezione - il numero dei candidati che saranno invitati a presentare offerta.

■ ILLECITO PROFESSIONALE E DIRETTIVE UE

Art. 80 Direttiva 2014/25/UE prevede che:

- 1. Le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione e le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione dei candidati e degli offerenti nelle procedure aperte, ristrette o negoziate, nei dialoghi competitivi oppure nei partenariati per l'innovazione **POSSONO includere i motivi di esclusione di cui all'articolo 57 della direttiva 2014/24/UE** alle condizioni stabilite in detto articolo.*
- 2. **Se l'ente aggiudicatore è UN'AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE**, tali criteri e norme **COMPRENDONO** i criteri di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/24/UE alle condizioni stabilite in detto articolo.*



Conseguentemente, per i soggetti **diversi** dalle amministrazioni aggiudicatrici, **tra cui le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi**, l'applicazione dei motivi di esclusione previsti dalla direttiva 2014/24/UE, per i settori ordinari, **non è obbligatoria, ma facoltativa**.

■ ILLECITO PROFESSIONALE E TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE

Come si concilia tale facoltà con il **principio di tassatività della cause di esclusione**, sancito dall'articolo 10, **la cui applicazione ai settori speciali è disposta** dall'articolo 141, co 3, lett. a)?

In particolare, tale articolo prevede che

- *I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di **cause di esclusione espressamente definite dal codice**.*
- *le cause di esclusione (di cui agli articoli 94 e **95***) sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito;*
- ***le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte.***

***NB.** Viene richiamato espressamente l'articolo 95, che regola le cause di esclusione non automatica, tra cui vi rientra, alla lettera e), comma 1, l'illecito professionale grave, regolato ai sensi dell'art. 98.

■ ILLECITO PROFESSIONALE NEI SETTORI SPECIALI E LEGGE DELEGA

Come si concilia tale facoltà di determinare autonomamente e discrezionalmente le condotte integranti la causa di esclusione dell'illecito professionale grave con le previsioni della **legge delega n. 78/2022**?

L'art. 1, comma 2, della citata legge delega, infatti, prevede quale criterio direttivo per l'adozione del codice sui contratti pubblici, il seguente principio:

*«Razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, **al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale** di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014;»* (lett. n)

■ NEI SETTORI ORDINARI – art. 98

- ✓ **MAGGIORE TIPIZZAZIONE DELLA FIGURA DELL'ILLECITO PROFESSIONALE** in quanto è stata eliminata la possibilità di valutare, ai fini dell'esclusione, ogni condotta – anche diversa da quelle indicate dalla medesima norma – la cui gravità sia idonea ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'impresa.
- ✓ Con riferimento ai **MEZZI DI PROVA**, in relazione ai **reati cd «meno gravi»** (art. 98, co 3, lett. h) che possono rilevare quale illecito professionale, la stazione appaltante **NON** può più tenere conto, ai fini dell'esclusione dell'impresa, di **PROVVEDIMENTI CAUTELARI, RINVII A GIUDIZIO E SENTENZE DI PATTEGGIAMENTO**, ma solo di sentenze di condanna definitive, decreti penali di condanna irrevocabili, condanne non definitive, e di provvedimenti cautelari reali o personali.

NB. Tale limitazione **NON OPERA CON RIFERIMENTO AI REATI “GRAVI”** di cui all'art. 94, comma 1, ossia quelli che danno luogo all'esclusione automatica del concorrente.

■ AMBITO APPLICATIVO – art. 169, comma 1

- I. La possibilità di prevedere condotte rilevanti in termini di illecito professionale potenzialmente escludenti deve essere esercitata sempre e soltanto **nel perimetro delle previsioni valevoli per i settori ordinari, ossia nell'ambito delle fattispecie di cui all'art. 98?**
- II. o si possono essere individuare **condotte ulteriori** rispetto alle fattispecie individuate da tale articolo?
- III. Può, invece, essere **limitata**, negli atti pubblicati dalle imprese pubbliche o dai soggetti titolari di diritti speciali esclusivi, la rilevanza di alcune delle fattispecie elencate nel citato articolo 98?

■ DA CONSIDERARE CHE:

1. l'articolo 95, comma 1, lett. 3, espressamente prevede che **«All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi».**
2. Ai sensi dell'art. 98, *«L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:*
 - a) *elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;*
 - b) *idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;*
 - c) ***adeguati mezzi di prova*** di cui al comma 6.

Ora, l'articolo 98 individua specificamente **i mezzi di prova atti a dimostrare le fattispecie rientranti nell'illecito professionale** di cui le stazioni appaltanti devono servirsi al fine di assolvere l'onere motivazione. **Nulla dice sul punto l'articolo 169 in esame.**

Le stazioni appaltanti quindi devono indicare nei propri atti, oltre alle condotte integranti l'illecito professionale, anche una adeguata disciplina dei mezzi di prova di tali fattispecie?

■ PAGAMENTI NEI SETTORI SPECIALI

Ai sensi dell'art. 141, comma 3, lett. i), **TRA LE NORME DEI SETTORI ORDINARI CHE NON SI APPLICANO ai SETTORI SPECIALI, VI SONO LE PRINCIPALI DISPOSIZIONI DEL LIBRO II, Parte VI** (dedicata all'ESECUZIONE dei contratti pubblici), tra cui:

Art. 114, Direttori dei lavori, Art. 115 - Controllo tecnico contabile e amministrativo, Art. 116 - Collaudo e verifica di conformità, Art. 117 - **Garanzie definitive**, Art. 118 - Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore, Art. 121 - **Sospensione** dell'esecuzione, Art. 123 – Recesso, Art. 124 - **Esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato**, Art. 125 - **ANTICIPAZIONE, MODALITÀ E TERMINI DI PAGAMENTO DEL CORRISPETTIVO**, Art. 126 - Penali e premi di accelerazione.

Ciò, fatta eccezione per i seguenti articoli: Art. 113 – requisiti di esecuzione, Art. 119 – **Subappalto**, Art. 120 – **Varianti** e 122 – Risoluzione.

■ DA CONSIDERARE TUTTAVIA CHE

L'art. 125 del Codice 36/2023 dà attuazione a quanto previsto dall'articolo 4 (commi 4 e 5) del **D.Lgs. 9-10-2002 n. 231**, come modificato da **D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192**, che ha recepito la **direttiva 2011/7/UE**, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Tale normativa si applica ad ogni transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione, senza necessità che vi sia un espresso richiamo nel Codice dei contratti pubblici.

Conseguentemente, i **pagamenti* delle imprese pubbliche** (e più in generale delle stazioni appaltanti) **operanti nei settori speciali devono avvenire, al massimo, entro sessanta giorni** (art. 4, co 5)

* **Nb.** Non vale invece per l'anticipazione del prezzo contrattuale, che rimane esclusa dalle norme applicabili obbligatoriamente ai settori speciali.

■ Art. 141, comma 3 - LE NORME DEI SETTORI ORDINARI APPLICABILI

Ai contratti nei **SETTORI «SPECIALI»** si applicano, **OLTRE ALLE NORME DEL LIBRO III**, le disposizioni dei **SETTORI «ORDINARI»** relative a:

- a) **principi generali** (1-12); tra cui, principio di **conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)**
- b) ambito di applicazione, Rup* e fase di affidamento (13- 18);
- c) **digitalizzazione** (19 – 36) – Nb **non si applica** parte III su **programmazione** (già nel d.lgs. 50/16);
- d) **progettazione** (41 – 46) – Nb non si applica disciplina Consiglio Superiore LLPP (art. 47);
- e) Clausole sociali (57), **Revisione Prezzi** (art. 60) e contratti riservati (61);
- f) Appalti che coinvolgono stazioni appaltanti di Stati membri diversi (art. 64);
- g) **Operatori Economici** (artt. 65 – 69)
- h) I **requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti** (art. 94 – 98) nei limiti di quanto previsto dagli artt. 167 (ulteriori disposizioni applicabili nella scelta del contraente), 168 (procedure di gara con sistemi di qualificazione) e 169 (procedure di gara regolamentate).
- i) Art. 113 – requisiti di esecuzione, Art. 119 – **Subappalto**, Art. 120 – **Varianti** e 122 – Risoluzione.

* Solo per SA ed enti concedenti. Non si applica alle imprese pubbliche (vedi 141, comma 4, lett. b).

■ PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE (art. 9)

- Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, **ESTRANEE ALLA NORMALE ALEA, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato** e tali da alterare in maniera rilevante **l'equilibrio originario del contratto**, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, **ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali**.
- L'obiettivo della rinegoziazione è il ripristino **dell'originario equilibrio del contratto** oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica.
- Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione**, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze.
- In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, **si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 (revisione prezzi) e 120 (modifiche e varianti in corso d'opera)**.

■ LA REVISIONE DEI PREZZI DI APPALTO NEL NUOVO CODICE (art. 60)

Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è **OBBLIGATORIO** l'inserimento delle clausole di revisione prezzi:

- che si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva 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, in relazione alle prestazioni da eseguire.

■ COME SI CALCOLA LA VARIAZIONE DEI PREZZI?

Ai fini della determinazione **della variazione dei costi e dei prezzi**, si utilizzano i seguenti **indici sintetici elaborati dall'ISTAT**:

- con riguardo ai **contratti di lavori**, **GLI INDICI SINTETICI DI COSTO DI COSTRUZIONE**;
- con riguardo ai contratti di servizi e forniture, gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie.

**GRAZIE A TUTTI
PER L'ATTENZIONE**

Avv. Matteo Candidi
Direzione Legislazione Opere Pubbliche ANCE