



italiadecide



AEQUA

ApertaContrada  
RIFLESSIONI SU SOCIETÀ, DIRITTO, ECONOMIA

RESPUBLICA  
FONDAZIONE DI CULTURA POLITICA

## *Osservatorio sui Contratti pubblici*

*Le proposte per il correttivo al  
Decreto legislativo n. 50/2016*

## **Indice**

<i>Premessa</i> .....	3
<i>Parte Prima Le proposte dell'Osservatorio sui contratti pubblici</i> .....	6
ConSORZI .....	16
Motivi di esclusione .....	19
Subappalto .....	22
Concessioni e Partenariato Pubblico Privato - contributo A) .....	25
Concessioni e Partenariato Pubblico Privato - contributo B) .....	50
Precontenzioso .....	60
Cabina di Regia .....	62
<i>Parte Seconda Le proposte degli Stakeholders</i> .....	65

## **PREMESSA**

L'Osservatorio sui contratti pubblici è un'iniziativa promossa da *italiadecide*, Aequa, ResPublica e ApertaContrada con l'obiettivo di monitorare l'attuazione della nuova normativa avvalendosi di un'interlocuzione costante con operatori del settore, sia industriali ed associativi che amministrativi.

**Nell Parte Prima** di questo fascicolo vengono presentate le proposte per il decreto correttivo elaborate dalle quattro associazioni promotrici dell'Osservatorio<sup>1</sup>.

La prospettiva nella quale queste proposte si collocano è quella di suggerire interventi concretamente migliorativi con il minimo impatto sul testo vigente.

Tuttavia, le proposte nascono da alcuni presupposti di valenza generale condivisi dai quattro promotori.

1. Scongiurare il rischio che il Codice invada, per perseguire l'obiettivo della lotta alla corruzione, campi che poco o nulla hanno a che vedere con un Codice che dovrebbe codificare semplicemente come lo Stato e le pubbliche amministrazioni ed assimilate, «acquistano» forniture, lavori e servizi. Già l'aver trattato uniformemente acquisti tanto diversi (in una normativa che, contrariamente a quella europea, non si è voluto limitare alla sola fase dell'aggiudicazione) è di per sé stesso fonte di dubbi e difficoltà applicative. I casi delle forniture di prodotti a-spaziali quali i servizi informatici o le stesse manutenzioni di edifici esistenti ad esempio, sono utili per dimostrare a quali difficoltà sta andando incontro chi opera in questi campi.

2. Le norme non possono svolgere un ruolo di supplenza di politiche di settore (purtroppo assai carenti) che affrontino in modo articolato anche la questione delle tipologie di opere e dei processi di realizzazione, che sono frutto di specifiche scelte politiche. Risulta, ad esempio, fortemente distorsivo risolvere problemi di politica industriale e di assetto del settore (a prescindere dal merito di tali scelte) attraverso una disciplina generale del subappalto che ci allontana dall'Europa dando vita ad una sorta di *unicum*. I rapporti fra imprese generali, specialistiche e superspecialistiche andrebbero definiti in altre sedi e con altri strumenti, evitando di offrire le norme del codice quale terreno di un costante conflitto fra opposti interessi.

3. Evitare il rischio di appiattare di fatto il Codice al caso dei lavori pubblici e quindi alla progettazione degli stessi. Livelli e contenuto della progettazione di lavori pubblici non sono ovviamente gli stessi degli altri servizi e delle forniture. Esistono anzi profonde differenze che non possono essere affrontate marginalmente o attraverso intarsi e stratificazioni normative. La problematica è aggravata da obblighi che derivano

---

<sup>1</sup> Queste proposte si aggiungono (e in alcuni casi approfondiscono) quelle che sono già state avanzate nel *paper* (<http://www.italiadecide.it/public/files/PAPER.pdf>) presentato durante il Convegno "L'attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche", tenuto lo scorso 3 ottobre. Si rinvia quindi al *paper* per tutte le proposte emendative già espone in quella sede.

dalla imposizione di soglie al di qua e al di là delle quali si applicano diverse procedure di aggiudicazione.

4. Questa prevalenza di attenzione per le opere infrastrutturale ha molto condizionato anche la concezione del ciclo del progetto, mentre rimane del tutto inesplorata la questione della programmazione e della progettazione dei servizi che invece interessa un settore economico di importanza crescente e su cui le amministrazioni pubbliche/stazioni appaltanti sono oggi prive non solo di norme, ma anche di linee guida che possano ridurre l'asimmetria informativa e di competenze rispetto agli operatori privati.

5. Evitare il fenomeno della "invasività": rimane infatti legittimo domandarsi se sia proprio giusto che il Codice si occupi di fatto di aspetti quali le norme tecniche delle costruzioni, di profili societari e di tanti altri profili che attengono ad altrettanti diritti: ambientale, societario, fallimentare, ecc.

Sul tema delle concessioni e del PPP<sup>2</sup> si presentano due serie di proposte (Contributo A e Contributo B), fra loro compatibili ma ispirate a due differenti finalità:

- gli emendamenti proposti nel "Contributo A)" hanno come primo obiettivo quello di armonizzare le parti III e IV del Codice, su Concessioni e PPP. Nella versione attuale, infatti, le due parti non appaiono coordinate e sono spesso in conflitto tra loro. Alcuni degli emendamenti rispondono inoltre a problemi specifici legati a singoli istituti e propongono un primo intervento chiarificatore, mentre attraverso i commenti si è rinviato - in modo aperto - ad ulteriori questioni che dovranno trovare svolgimento nella successiva evoluzione della normativa;
- gli emendamenti inclusi nel "Contributo B)", invece, hanno come obiettivo il superamento di alcune criticità emerse nella pratica di costruzioni di operazioni di partenariato pubblico privato, laddove la sottovalutazione della prospettiva dell'investitore e del soggetto finanziatore ha impedito finora la formazione di un significativo mercato del PPP e uno scarso ricorso a queste forme - innovative e necessarie - di partecipazione di capitali privati alla realizzazione di opere pubbliche. Su questa linea si pongono anche quegli emendamenti che forniscono una prima proposta chiarificatrice su alcuni puntuali passaggi del nuovo testo normativo.

**Nella Seconda Parte** del dossier viene allegata tutta la documentazione raccolta dall'Osservatorio a seguito di un primo incontro con gli stakeholders, tenuto a porte chiuse, in data 13 dicembre 2016.

---

<sup>2</sup> Data la rilevanza del tema, l'Osservatorio ha già in programma – per il 27 marzo – un'iniziativa dedicata.

Pertanto, la paternità delle proposte incluse nella Seconda Parte è da ricondurre ai soggetti firmatari di ciascun contributo. In questo caso l'Osservatorio si fa volentieri veicolo – verso le istituzioni di governo - di istanze che emergono dalla viva pratica delle nuove norme da parte degli operatori.

**PARTE PRIMA    LE PROPOSTE DELL'OSSERVATORIO SUI  
CONTRATTI PUBBLICI**

## PROGRAMMAZIONE E PROGETTAZIONE

### Art. 21

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<p>1. Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio.</p>	<p><i>1.bis La programmazione costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. Essa ha lo scopo di determinare il quadro delle esigenze di approvvigionamento di risorse dal mercato in relazione agli obiettivi di mandato delle amministrazioni aggiudicatrici, valutandone le alternative, i rischi ed i costi totali sul loro ciclo di vita. La programmazione, in quanto riferita ai fabbisogni necessari al raggiungimento di obiettivi di mandato, non si riferisce necessariamente ad appalti singoli, ma può riferirsi a più appalti per l'acquisizione di risorse che complessivamente costituiscono il fabbisogno.</i></p>
<p>OMISSIS</p>	
<p>3. Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000 euro e indicano, previa attribuzione del codice unico di progetto di cui all'articolo 11, della legge 16 gennaio 2003, n. 3, i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto</p>	<p>3. Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore, stimato <i>attraverso lo studio di identificazione di cui al successivo art. 21-bis</i>, sia pari o superiore a 100.000 euro e indicano, previa attribuzione del codice unico di progetto di cui all'articolo 11, della legge 16 gennaio 2003, n. 3, i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a</p>

<p>ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente il progetto di fattibilità tecnica ed economica.</p> <p>OMISSIS</p> <p>7. Il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul profilo del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio di cui all'articolo 213, anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni e delle province autonome di cui all'articolo 29, comma 4.</p>	<p>contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente <b>lo studio</b> di fattibilità.</p> <p><i>idem</i></p> <p><b>7-bis. Il programma definisce l'obiettivo di mandato da perseguire ed il relativo contesto di riferimento, ed identifica i fabbisogni che ne derivano. Esso deve comprendere, al minimo:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><i>a) la valutazione delle effettive esigenze, quantitative e qualitative, anche in relazione alle risultanze della spending review;</i></li> <li><i>b) la qualificazione delle risorse necessarie, attraverso individuazione dei requisiti e valutazione delle alternative tecniche e commerciali, anche in base alle risultanze delle consultazioni di mercato svolte secondo quanto previsto dall'art. 66 del presente codice;</i></li> <li><i>c) l'ottimizzazione dei fabbisogni in relazione alle modalità di raggiungimento degli obiettivi di mandato, in termini di tipologia, modalità procedurali e contrattuali</i></li> </ul>
--	---



	<p><i>di approvvigionamento;</i></p> <p><i>d) la valutazione dei rischi di approvvigionamento e dell'impatto sui risultati attesi, e le attività ed i costi necessari alla loro gestione;</i></p> <p><i>e) la stima documentata del costo totale sul ciclo di vita delle risorse da acquisire, e l'individuazione delle forme di finanziamento;</i></p> <p><i>f) la indicazione dei criteri per la valutazione dell'efficacia sia delle procedure di affidamento, che della qualità delle risorse acquisite in relazione alla loro capacità di soddisfare gli obiettivi di mandato che ne hanno determinato il fabbisogno.</i></p>
--	--

**Art. 21-bis**

**Fase di pre-investimento. Studio di Identificazione del progetto**

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
assente	<p><i>1. Lo studio di identificazione del progetto, definito anche studio di pre-fattibilità o di pre-investimento, definisce preliminarmente l'obiettivo, i risultati attesi e le proposte progettuali che consentono di soddisfare in misura migliore i fabbisogni identificati. Tale definizione è effettuata con stima parametrica, senza indagini di campo, tenuto conto delle pregresse migliori esperienze in contesti similari.</i></p> <p><i>2. Lo studio di identificazione deve consentire di decidere se è opportuno o meno procedere con la formulazione (studio di fattibilità e progettazione) del progetto.</i></p>

**Art. 22**

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<p><b>1.</b> Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, <del>i progetti</del> di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori.</p> <p>OMISSIS</p> <p>OMISSIS</p> <p><b>4.</b> Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico.</p>	<p><b>1.</b> Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, <i>gli studi</i> di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori.</p> <p><b>4.</b> Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di <i>revisione</i> del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico.</p>

**Art. 23**

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<p><b>1.</b> La progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo ed è intesa ad assicurare:</p> <p>OMISSIS</p>	<p><b>1.</b> La progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in <b>studio</b> di fattibilità, progetto definitivo e progetto esecutivo ed è intesa ad assicurare:</p> <p>OMISSIS</p>

<p>5. <del>Il progetto</del> di fattibilità tecnica ed economica individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire. <del>Il progetto</del> di fattibilità comprende tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, ivi compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali. <del>Il progetto</del> di fattibilità deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa.</p>	<p>5. <b>Lo studio</b> di fattibilità individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire. <b>Lo studio</b> di fattibilità comprende tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, ivi compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali. <b>Lo studio</b> di fattibilità deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa.</p>
<p>6. <del>Il progetto</del> di fattibilità è redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche e geognostiche, di verifiche preventive dell'interesse archeologico, di studi preliminari sull'impatto ambientale e evidenzia, con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia; indica, inoltre, le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, le esigenze di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale, nonché i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare ad un livello tale da consentire, già in sede di approvazione <del>del progetto</del> medesimo, salvo circostanze imprevedibili, l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie.</p>	<p>6. <b>Lo studio</b> di fattibilità è redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche e geognostiche, <b>nell'ambito del progetto definitivo</b>, di verifiche preventive dell'interesse archeologico, di studi preliminari sull'impatto ambientale e evidenzia, con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia; indica, inoltre, le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, le esigenze di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale, nonché i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare ad un livello tale da consentire, già in sede di approvazione <b>dello studio</b> medesimo, salvo circostanze imprevedibili, l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie.</p>
<p>7. Il progetto definitivo individua</p>	<p>7. Il progetto definitivo individua</p>

<p>compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, <del>dal progetto</del> di fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti,</p> <p>OMISSIS</p>	<p>compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, <b>dallo studio</b> di fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti,</p> <p>OMISSIS</p>
--	--

**Art. 25**

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<p><b>1.</b> Ai fini dell'applicazione dell'articolo 28, comma 4, del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per le opere sottoposte all'applicazione delle disposizioni del presente codice, le stazioni appaltanti trasmettono al soprintendente territorialmente competente, prima dell'approvazione, copia <del>del progetto</del> di fattibilità dell'intervento <del>e</del> di uno stralcio <del>di</del> esso sufficiente ai fini archeologici, ivi compresi gli esiti delle indagini geologiche e archeologiche preliminari, con particolare attenzione ai dati di archivio e bibliografici reperibili, all'esito delle ricognizioni volte all'osservazione dei terreni, alla lettura della geomorfologia del territorio, nonché, per le opere a rete, alle fotointerpretazioni. Le stazioni appaltanti raccolgono ed elaborano tale</p>	<p><b>1.</b> Ai fini dell'applicazione dell'articolo 28, comma 4, del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per le opere sottoposte all'applicazione delle disposizioni del presente codice, le stazioni appaltanti trasmettono al soprintendente territorialmente competente, prima dell'approvazione, copia <b>dello studio</b> di fattibilità dell'intervento <b>e</b> di uno stralcio <b>del progetto definitivo</b> sufficiente ai fini archeologici, ivi compresi gli esiti delle indagini geologiche e archeologiche preliminari, con particolare attenzione ai dati di archivio e bibliografici reperibili, all'esito delle ricognizioni volte all'osservazione dei terreni, alla lettura della geomorfologia del territorio, nonché, per le opere a rete, alle fotointerpretazioni.</p>

<p>documentazione mediante i dipartimenti archeologici delle università, ovvero mediante i soggetti in possesso di diploma di laurea e specializzazione in archeologia o di dottorato di ricerca in archeologia. La trasmissione della documentazione suindicata non è richiesta per gli interventi che non comportino nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle già impegnate dai manufatti esistenti.</p>	<p>Le stazioni appaltanti raccolgono ed elaborano tale documentazione mediante i dipartimenti archeologici delle università, ovvero mediante i soggetti in possesso di diploma di laurea e specializzazione in archeologia o di dottorato di ricerca in archeologia. La trasmissione della documentazione suindicata non è richiesta per gli interventi che non comportino nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle già impegnate dai manufatti esistenti.</p>
<p>OMISSIS</p>	<p>OMISSIS</p>
<p><b>3.</b> Il soprintendente, qualora sulla base degli elementi trasmessi e delle ulteriori informazioni disponibili, ravvisi l'esistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione, può richiedere motivatamente, entro il termine di trenta giorni dal ricevimento <del>del progetto</del> di fattibilità ovvero dello stralcio di cui al comma 1, la sottoposizione dell'intervento alla procedura prevista dai commi 8 e seguenti. Per i progetti di grandi opere infrastrutturali o a rete il termine della richiesta per la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico è stabilito in sessanta giorni.</p>	<p><b>3.</b> Il soprintendente, qualora sulla base degli elementi trasmessi e delle ulteriori informazioni disponibili, ravvisi l'esistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione, può richiedere motivatamente, entro il termine di trenta giorni dal ricevimento <i>dello studio</i> di fattibilità ovvero dello stralcio di cui al comma 1, la sottoposizione dell'intervento alla procedura prevista dai commi 8 e seguenti. Per i progetti di grandi opere infrastrutturali o a rete il termine della richiesta per la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico è stabilito in sessanta giorni.</p>
<p>OMISSIS</p>	<p>OMISSIS</p>
<p><b>8.</b> La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico si articola in due fasi costituenti livelli progressivi di approfondimento dell'indagine archeologica. L'esecuzione della fase successiva dell'indagine è subordinata all'emersione di elementi archeologicamente significativi all'esito della fase precedente. La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico consiste nel compimento</p>	<p><b>8.</b> La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico si articola in due fasi costituenti livelli progressivi di approfondimento dell'indagine archeologica. L'esecuzione della fase successiva dell'indagine è subordinata all'emersione di elementi archeologicamente significativi all'esito della fase precedente. La procedura di verifica preventiva dell'interesse</p>

delle seguenti indagini e nella redazione dei documenti integrativi <del>del progetto</del> di fattibilità:	archeologico consiste nel compimento delle seguenti indagini e nella redazione dei documenti integrativi <b>dello studio</b> di fattibilità:
OMISSIS	OMISSIS

**Art. 27**

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<p>OMISSIS</p> <p><b>3.</b> In sede di conferenza dei servizi di cui all'articolo <u>14-bis</u> della <u>legge n. 241 del 1990</u> sul progetto di fattibilità, con esclusione dei lavori di manutenzione ordinaria, tutte le amministrazioni e i soggetti invitati, ivi compresi gli enti gestori di servizi pubblici a rete per i quali possono riscontrarsi interferenze con il progetto, sono obbligati a pronunciarsi sulla localizzazione e sul tracciato dell'opera, anche presentando proposte modificative, nonché a comunicare l'eventuale necessità di opere mitigatrici e compensative dell'impatto. Salvo circostanze imprevedibili, le conclusioni adottate dalla conferenza in merito alla localizzazione o al tracciato e alle opere mitigatrici e compensative, ferma restando la procedura per il dissenso di cui all'<u>articolo 14-bis</u>, comma 3-bis e all'articolo <u>14-quater, comma 3</u> della predetta <u>legge n. 241 del 1990</u>, non possono essere modificate in sede di approvazione <del>dei</del> successivi livelli progettuali, a meno del ritiro e della ripresentazione di un nuovo <del>progetto</del> di fattibilità.</p>	<p>OMISSIS</p> <p><b>3.</b> In sede di conferenza dei servizi di cui all'articolo <u>14-bis</u> della <u>legge n. 241 del 1990</u> sul progetto di fattibilità, con esclusione dei lavori di manutenzione ordinaria, tutte le amministrazioni e i soggetti invitati, ivi compresi gli enti gestori di servizi pubblici a rete per i quali possono riscontrarsi interferenze con il progetto, sono obbligati a pronunciarsi sulla localizzazione e sul tracciato dell'opera, anche presentando proposte modificative, nonché a comunicare l'eventuale necessità di opere mitigatrici e compensative dell'impatto. Salvo circostanze imprevedibili, le conclusioni adottate dalla conferenza in merito alla localizzazione o al tracciato e alle opere mitigatrici e compensative, ferma restando la procedura per il dissenso di cui all'<u>articolo 14-bis</u>, comma 3-bis e all'articolo <u>14-quater, comma 3</u> della predetta <u>legge n. 241 del 1990</u>, non possono essere modificate in sede di approvazione <b>degli ulteriori</b> livelli progettuali, a meno del ritiro e della ripresentazione di un nuovo <b>studio</b> di fattibilità.</p>

## MOTIVAZIONE

1. Le modifiche sulla programmazione hanno la finalità di evidenziare che la programmazione è uno strumento che lega il **momento decisionale**, derivante dagli obiettivi di mandato, con quello delle **scelte sulle risorse che è necessario acquisire dal mercato**, e quindi con l'**impegno di spesa**.

L'attuale formulazione dell'art. 21 del codice è invece:

- a) focalizzata sul rispetto degli aspetti formali, senza imporre una completa analisi del fabbisogno e della sua origine;
- b) presentata in modo tale da lasciare intendere che la programmazione è relativa ad un singolo appalto.

Programmare gli appalti singolarmente, prescindendo dalla loro eventuale interdipendenza funzionale, riduce la capacità di ottimizzare e razionalizzare i fabbisogni. Il problema è ancora più grave quando gli appalti trattati singolarmente fanno parte di un piano complessivo, come nel caso delle infrastrutture, nel quale esiste una interdipendenza stretta e una priorità tra le parti. Ne potrebbe conseguire una errata pianificazione, con impatto negativo sulla fruibilità del risultato finale.

Proporre che la programmazione sia fatta a partire dalla considerazione dell'obiettivo (o degli obiettivi) di mandato e del contesto nel quale si esplica, ha lo scopo di considerare il complesso delle forniture necessarie in rapporto al risultato globale da ottenere, e di procedere alla loro ottimizzazione, sia in termini quali-quantitativi e di mercato, che di pianificazione e compatibilità in relazione all'obiettivo.

2. La previsione dell'art. 21-bis e le successive modifiche agli altri articoli che seguono sono volte a meglio definire le fasi di progettazione, al fine di rendere il ciclo di progetto conforme agli standard europei.

Di qui la previsione di una specifica fase di "Identificazione" del progetto (che nel contesto UE dà luogo allo Studio di Pre-Fattibilità), introdotta con l'art. 21-bis.

Si è altresì ridenominato il Progetto di Fattibilità in studio di fattibilità, trattandosi di un documento non progettuale, che nella best practice della UE è realizzato contestualmente al Progetto Definitivo e non propedeuticamente allo stesso, pertanto è stata eliminata la previsione secondo cui detti elaborati sono successivi (v. art. 23).

Le altre modifiche sono di coordinamento con queste principali.

## CONSORZI

### ART. 47

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<p>1. I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.</p> <p>2. <del>Per i primi cinque anni dalla costituzione,</del> ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio;</p>	<p>1. I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, con le modalità previste dal presente codice <i>e al seguente comma 2</i>, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.</p> <p>2. Ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente <i>possono essere posseduti in proprio dal Consorzio o dalle singole imprese consorziate esecutrici, indicate in sede di offerta, ai sensi dell'art. 48, comma 7. In tal caso, i predetti requisiti</i> vengono sommati in capo al consorzio.</p> <p><i>2 bis. La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i consorziati per i quali il consorzio di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c) concorre, i cui requisiti sono utilizzati dal Consorzio ai fini dell'ammissione e qualificazione alle procedure di affidamento, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80.</i></p> <p><i>2 ter. La sussistenza di un motivo obbligatorio di esclusione o la mancanza di un requisito di qualificazione in capo</i></p>



	<p><i>alle consorziate esecutrici di cui al comma 3, i cui requisiti sono utilizzati dal consorzio per l'ammissione e qualificazione alle procedure di affidamento, impone al consorzio di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), di sostituire le predette consorziate.</i></p>
--	---

## MOTIVAZIONE

La modifica interviene a chiarire le modalità di partecipazione del consorzio stabile alla gara (non definite nel Nuovo Codice), con il riconoscimento, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa:

- a) che il consorzio stabile è un concorrente che si qualifica in forma monosoggettiva per la partecipazione alla gara (a differenza degli RTI e dei consorzi ordinari) ed è una persona giuridica (ai sensi dell'art. 3, lett. p, che costituisce una comune struttura di impresa tra consorziati) ;
- b) che il consorzio stabile, in forza della sua natura, si qualifica in gara, per quanto attiene ai requisiti speciali (capacità economica e tecnica):
  - i) o con i requisiti posseduti in proprio;
  - ii) o cumulando quelli delle consorziate indicate come esecutrici;
  - iii) sommando sempre le attrezzature e i mezzi d'opera, nonché l'organico medio annuo di tutte le consorziate.

Le imprese consorziate indicate come esecutrici e per le quali il consorzio concorre, sono poi tenute al rispetto del divieto di partecipare alla gara in altra forma ex art. 48, comma 7.

Di conseguenza è abrogato il limite dei 5 anni di vita. L'eliminazione di questo limite, non previsto dalla normativa europea e sostanzialmente differente dalla precedente normativa, si rende necessario perché in tal modo verrebbe meno la stessa ratio della figura del consorzio stabile e il consorzio inoltre si troverebbe nell'impossibilità, dopo i 5 anni, di sommare i requisiti delle consorziate, con l'effetto contrario di disincentivare questa forma di aggregazione stabile che diventerebbe inutile e poco coerente con le sue finalità. Inoltre, non si consentirebbe al consorzio di far valere requisiti acquisiti anche successivamente ai 5 anni, con l'ingresso di nuovi consorziati che ad esempio operino in settori nuovi, dove il consorzio non ha maturato requisiti propri. Ciò si tradurrebbe, peraltro, sotto più profili, in una limitazione ingiustificata della libertà di impresa.

Con l'ultimo comma si intende uniformare la disciplina dei consorzi stabili, quali concorrenti monosoggettivi, a quella degli altri operatori economici che partecipano singolarmente alla gara e che possono sostituire l'impresa di cui si avvalgono (v. art. 89, comma 3, sulla sostituzione della società ausiliaria in caso di perdita dei requisiti). In

particolare, si limita per i consorzi la sostituzione al caso in cui l'impresa non apporta i propri requisiti in gara.

## MOTIVI DI ESCLUSIONE

### ART. 80

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
OMISSIS	
<p><b>3.</b> L'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione <del>o di vigilanza</del> o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.</p>	<p><b>3.</b> L'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.</p>
<p><b>4.</b> Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle</p>	<p><b>4.</b> Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle</p>

<p>imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.</p>	<p>imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande <b><i>o prima della stipula del contratto, nel caso in cui l'omesso pagamento si sia verificato successivamente alla presentazione della domanda o l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali successivamente alla scadenza del termine per presentare domanda.</i></b></p>
--	---

## MOTIVAZIONE

### *Comma 3*

Non c'è motivo di estendere agli organi di vigilanza dell'azienda la verifica sulle cause di esclusione dalle gare essendo organi che non sono nell'amministrazione della Società (si pensi all'Organismo di Vigilanza 231/01) e spesso sono soggetti esterni alla Società.

In tal modo si estende oltremodo la causa di esclusione e si limita senza motivazione la concorrenza.

#### *Comma 4*

La Direttiva europea 24/2014, all'art. 57 comma 2 stabilisce che:

*“2. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere o possono essere obbligate dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura d'appalto un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali. Il presente paragrafo non è più applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe”.*

Al paragrafo 3 del medesimo art. 57 si prevede inoltre che:

*“Gli Stati membri possono inoltre prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali o qualora l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito, come previsto al paragrafo 2, terzo comma, prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta”.*

Alla luce delle previsioni della Direttiva, occorre quindi integrare il disposto normativo nazionale, che non è in linea con le stesse laddove prevede che l'impegno a pagare possa essere ritenuto valido solo ove precedente alla domanda di partecipazione. Si introduce quindi una precisazione che rispecchia la normativa europea che espressamente prevede la possibilità di sanare il debito fiscale anche successivamente alla presentazione della domanda di gara a determinate condizioni. Ciò risponde ai principi di massima partecipazione, non viola la par condicio ed è coerente con l'impianto delle direttive che fanno salvi comportamenti riparatori ai fini della partecipazione alle gare pubbliche.

## SUBAPPALTO

### a) LIMITE DEL 30%

#### ART 105, comma 2

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<p>2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Per gli appalti di lavori non costituiscono comunque subappalto le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del [sub]contratto da affidare. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i</p>	<p>2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera. <del>Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.</del> Per gli appalti di lavori non costituiscono comunque subappalto le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del [sub]contratto da affidare. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia</p>

requisiti di cui al comma 7.	incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7. <i>Nel bando o nell'avviso con cui viene indetta la procedura o nella successiva lettera di invito le stazioni appaltanti devono indicare, specificandone la motivazione, se vi sono prestazioni che non possono essere subappaltate perché essenziali.</i>
------------------------------	--

## MOTIVAZIONE

Secondo il secondo comma dell'art. 105 il subappalto non può superare “la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture” – estendendo la previsione che nel vecchio Codice (art. 118) si riferiva ai soli servizi e forniture – e, nel caso in cui vi siano opere c.d. superspecialistiche ai sensi dell'art. 89, co. 11, la quota del 30% di dette opere.

La disposizione pone dunque un limite percentuale fisso al subappalto, senza distinzione tra opere scorporabili e non, obbligando l'appaltatore ad organizzarsi in proprio per l'esecuzione di una quota parte anche delle opere superspecialistiche.

Queste previsioni, che non trovano un preciso riscontro nella legge delega – la quale richiedeva una disciplina specifica del subappalto con obbligo per il concorrente di indicare in gara le parti del contratto che intende subappaltare, nonché la terna di subappaltatori – andrebbero riviste non solo perché oggetto di forti critiche, ma altresì e soprattutto perché pongono problemi di compatibilità: (i) con la legge delega; (ii) con il diritto europeo.

Sotto il primo profilo, la previsione di un limite quantitativo al subappalto potrebbe violare il divieto di *gold plating* (criterio a) della legge delega): il condizionale deriva dal fatto che detta previsione potrebbe risultare giustificata dalla necessità di perseguire determinati obiettivi prevalenti alla luce di patologie presenti soprattutto in alcuni territori italiani (ma se ne dovrebbero comunque valutare attentamente gli effetti nei contesti nei quali non si riscontrano le suddette patologie).

Tuttavia, appare non eludibile il secondo profilo. Viene infatti in considerazione in particolare una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, con sentenza della III Sezione, 14 luglio 2016 nella causa C-406/14, ha così concluso la “direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 2083/2005 della Commissione, del 19 dicembre 2005, deve essere interpretata nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d'onori di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di

risorse proprie.”. La decisione è riferita ad una gara indetta in base alla normativa polacca, che impone all'affidatario di eseguire in proprio almeno il 30% dei lavori. Nella motivazione la Corte svolge alcune interessanti considerazioni, in particolare che le amministrazioni possono: (i) vietare il subappalto quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e (ii) limitarlo in relazione alle prestazioni che ritengano essenziali.

In sostanza, la Corte sanziona la normativa polacca perché richiede l'esecuzione diretta, da parte dell'appaltatore, di una percentuale fissa, determinata in maniera astratta e indiscriminata (nel caso, era il 30%).

Peraltro, già nel 2015 la Corte aveva svolto alcune considerazioni critiche della astrattezza dei limiti del subappalto introdotti da alcune stazioni appaltanti nel rispetto della normativa italiana (cfr. sentenza 22.10.2015 nella causa C – 425/2014).

Entrambe le decisioni sono riferite alla direttiva del 2004, ma le conclusioni cui è pervenuta la Corte sembrano condivisibili anche alla luce del mutato quadro normativo. Pertanto, si propone che dall'art. 105 venga espunta qualsiasi limitazione percentuale astratta al subappalto, dovendosi piuttosto autorizzare – eventualmente - le stazioni appaltanti ad inserire nei bandi di gara divieti di subappaltare le prestazioni espressamente e motivatamente qualificate come 'essenziali' (ultimo periodo del comma 2).



## CONCESSIONI E PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO - CONTRIBUTO A)

### Art. 3. Definizioni.

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
1. Ai fini del presente codice si intende per:	
r) «promotore», un operatore economico che partecipa ad un partenariato pubblico privato;	r) «promotore», un operatore economico che <b><i>presenta una proposta che ha ad oggetto una concessione o un altro contratto di partenariato pubblico privato, approvata dall'amministrazione aggiudicatrice e posta a base delle successive fasi della procedura di scelta del contraente.</i></b>
zz) «rischio operativo», il rischio <del>legato alla gestione dei lavori o dei servizi</del> sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. 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 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile;	zz) «rischio operativo», il rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario <b><i>o al contraente privato di un altro contratto di partenariato pubblico privato.</i></b> Si considera che il concessionario <b><i>o il contraente privato di un altro contratto di partenariato pubblico privato</i></b> 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 <b><i>ovvero degli altri costi sostenuti dal contraente privato di un altro contratto di partenariato pubblico privato.</i></b> La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile;
aaa) «rischio di costruzione», il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera;	aaa) «rischio sul lato della domanda», il rischio associato alle oscillazioni della domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto, fatte salve quelle dipendenti dalla domanda di lavori e servizi da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. <b><i>Nelle ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice versi un canone all'operatore economico, tale rischio è connesso</i></b>
bbb) «rischio di disponibilità», il rischio legato alla capacità, da parte del	

<p>concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;</p> <p>eee) «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa;</p>	<p><i>all'effettivo utilizzo dell'opera o del servizio da parte degli utenti;</i></p> <p><i>bbb) «rischio sul lato dell'offerta», il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare che tale offerta non corrisponda alla domanda, proveniente dalla stessa amministrazione o dagli utenti, sia per volume che per standard di qualità previsti (mancata performance). Tale tipologia di rischio può riguardare la fase di realizzazione dell'opera, la sua gestione o la sua messa in disponibilità dell'amministrazione, ovvero la gestione di un servizio. Il rischio sul lato dell'offerta comprende il rischio relativo alla fase di costruzione dell'opera.</i></p>
<p>eee) «contratto di partenariato pubblico privato», 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 connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat;</p>	<p>eee) <i>«partenariato pubblico privato», la categoria di contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto con i quali 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, con assunzione di rischio operativo, secondo modalità individuate nel contratto.</i></p> <p><i>Tali attività consistono:</i></p> <p><i>1) 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 connessa all'utilizzo dell'opera stessa;</i></p> <p><i>2) ovvero nella fornitura di un servizio indipendente dalla realizzazione di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico.</i></p> <p>Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat;</p>

## MOTIVAZIONE

Per dare completezza alla disciplina delle concessioni e dei partenariati pubblici privati (PPP), è necessario partire da un intervento sulle definizioni dettate dall'art. 3, con riferimento a quelle rilevanti per le parti in esame.

- **definizione di promotore (lett. r):** è opportuno chiarire che l'operatore che partecipa a un partenariato non per forza ne è "promotore" ma lo è solo nel caso di una procedura ad iniziativa privata, da lui stesso intrapresa. Si consideri, inoltre, che l'art. 183, comma 15 (nella versione attuale) distingue fra "*proponente*" (operatore economico che presenta una proposta che ha ad oggetto una concessione o un altro contratto di partenariato pubblico privato) e "*promotore*" (qualifica che si ottiene a seguito della valutazione positiva della proposta da parte dell'amministrazione, con conseguente concessione del c.d. "*diritto di prelazione*"), sebbene tale distinzione non sia sempre certa nella lettera della disposizione stessa;

- **definizione di rischio operativo (lett. zz):** il rischio operativo non deve essere riferito solo alle concessioni, ma anche agli altri contratti di partenariato pubblico privato, i quali, al pari delle prime, sono fondati sul trasferimento del rischio;

- **definizione dei rischi (lett. aaa, bbb, ccc):** appare necessario superare la classificazione dei rischi contenuta nelle vecchie decisioni di Eurostat del 2004 (rischio di costruzione, domanda e disponibilità) per adottare quella della direttiva 23/2014/UE (rischio sul lato dell'offerta e sul lato della domanda). Tale ultima classificazione, infatti, comprende (e supera) la prima. Pertanto, è necessario dettare le definizioni delle nuove tipologie di rischio, alla luce delle seguenti considerazioni:

**Rischio dal lato della domanda:** la domanda di lavori proviene sempre dall'amministrazione. Nella fase della gestione dell'opera o del servizio, la domanda del servizio gestito può provenire dalla stessa amministrazione (nel caso di opere fredde) o anche dagli utenti (nel caso di opere calde). Tuttavia, non può essere trasferito sul privato il rischio connesso alla domanda proveniente dalla p.a., anche alla luce del considerando 20 della direttiva 23 che afferma il principio secondo il quale "*un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti*". Dunque, il ***rischio dal lato della domanda***, deve essere individuato solamente in relazione alle oscillazioni della domanda che proviene dagli utenti del servizio. Nel caso di opere o servizi freddi, il trasferimento del rischio di domanda potrebbe configurarsi solo quando il canone pagato dalla p.a. al concessionario sia dipendente dall'effettivo utilizzo dell'opera o del servizio da parte degli utenti (come nel caso dei già ricordati *pedaggi ombra*). Tale conclusione, peraltro, porta a far perfettamente coincidere il *rischio dal lato della domanda* della direttiva 2014/23/UE con il *rischio di domanda* individuato da Eurostat nella determina dell'11 febbraio 2004.

**Rischio dal lato dell'offerta:** l'offerta di lavori e servizi proviene sempre dal privato e, dunque, le fluttuazioni dal lato dell'offerta dipendono da causa propria dello stesso. La direttiva 23 spiega che "*per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio*

*associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda*". Il rischio dal lato dell'offerta può riguardare la fase della costruzione dell'opera, ovvero l'offerta di lavori. Tale rischio non appare dissimile a quello che già Eurostat 2004 aveva definito come rischio di costruzione. Il rischio dal lato dell'offerta può riguardare la fase successiva alla costruzione dell'opera (gestione dell'opera realizzata ovvero sua messa in disponibilità) ovvero un servizio (senza che via sia stata prima la costruzione dell'opera). In questo caso, il rischio è quello che privato non riesca a garantire prestazioni in quantità e qualità necessari (mancata *performance*). Nel caso di opere o servizi freddi, l'insufficienza dell'offerta si traduce nella mancata o insufficiente erogazione all'amministrazione del servizio contrattualmente pattuito ovvero nella inadeguata messa in disponibilità (qualora manchi una gestione). In tale ipotesi, il rischio dal lato dell'offerta va a coincidere con il rischio di disponibilità già definito da Eurostat 2004. Nel caso in cui la domanda del servizio gestito provenga dagli utenti (concessioni calde), il rischio del concessionario dal lato dell'offerta è quello di non riuscire a soddisfare tale domanda. Tale categoria di rischio, a ben vedere, rimaneva estranea alla identificazione dei rischi di Eurostat. Dunque, il ***rischio dal lato dell'offerta*** di cui alla direttiva 2014/23/UE comprende i *rischi di costruzione* e di *disponibilità* già identificati da Eurostat e, tuttavia, è ancora più ampio, poiché contempla anche il rischio di offerta insufficiente a fare fronte alla domanda degli utenti nel caso di opere o servizi caldi.

- **definizione di PPP (lett. eee)**: il partenariato pubblico privato non è un singolo contratto ma, più correttamente, una categoria di contratti; inoltre, si segnala che l'art. 3 (nella disposizione attuale) si riferisce sempre e solo alle "opere", mentre è evidente che devono considerarsi possibili anche forme di PPP che riguardano servizi; infine, anche per i PPP è necessario superare il riferimento ai rischi di Eurostat e, pertanto, coordinare il testo con le nuove definizioni di rischio cui alla direttiva 23 (vedi sopra).

### PARTE III - CONTRATTI DI CONCESSIONE

#### Art. 164. Oggetto e ambito di applicazione.

<p>2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.</p>	<p>2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili <b>con il principio di libera amministrazione di cui all'art. 166 oltreché con le altre disposizioni speciali contenute nella presente parte</b>, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.</p>
---	--

#### MOTIVAZIONE

Alle concessioni deve applicarsi il principio di derivazione europea della libera amministrazione, contenuto anche nell'art. 166 CdC, con la conseguenza che il rinvio interno alle disposizioni sugli appalti deve essere compatibile con tale clausola di flessibilità.

#### Art. 165. Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni.

<p><del>1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del</del></p>	<p><b>1. I contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv)</b> comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere</p>
---	---

<p>piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.</p>	<p>significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.</p> <p><i>1 bis. Le concessione di lavori e servizi possono essere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione o dell'ente aggiudicatore ed essere da questi remunerate, a condizione che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura, con conseguente assunzione da parte del concessionario del rischio operativo.</i></p>
<p>2. L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli 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. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al <del> trenta</del> per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p>	<p>2. L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli 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. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può determinare <b>il venire meno del trasferimento del rischio operativo in capo al concessionario e comunque</b> essere superiore al <b>cinquanta</b> per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p>
<p>3. La sottoscrizione del contratto di concessione ha luogo dopo la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto di</p>	<p>3. La sottoscrizione del contratto di concessione ha luogo dopo la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto di</p>

concessione è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione. Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.

concessione è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione. ***Nel caso in cui il concessionario dia adeguata giustificazione di tale ritardo nel perfezionamento del contratto di finanziamento per cause a lui non imputabili, il concedente può rinunciare alla predetta risoluzione di diritto e concedere al concessionario un ulteriore termine di dodici mesi per il medesimo adempimento, trascorso inutilmente il quale il contratto di concessione è risolto di diritto.*** Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.

6. Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Al concessionario spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.

6. Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario ~~può~~ **deve** comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. ***La revisione del piano economico finanziario è, ad esempio, causata da variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti o alle condizioni di base di piano economico finanziario, nonché da norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario.*** La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. ***Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente. La revisione del piano economico finanziario, alle medesime condizioni di cui ai capoversi precedenti, è ammessa anche in relazione a fatti verificatisi tra la presentazione dell'offerta e la stipula del contratto. In relazione a fatti successivi alla stipula del contratto di concessione,*** in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Al concessionario spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto



	degli ammortamenti e dei contributi pubblici.
--	---

## MOTIVAZIONE

Non si comprende perché l'attuale primo comma dell'art. 165 abbia, di fatto, abolito **le concessioni fredde** (che erano previste dall'art. 143, comma 9, d.lgs. 163/2006) nonostante queste siano espressamente contemplate nel considerando 18 della direttiva 23/2014/UE. Peraltro, in Italia, l'istituto delle concessioni fredde è stato largamente applicato (ad esempio, per realizzare ospedali). Pertanto, si ritiene sia opportuno inserire un apposito comma che preveda espressamente la possibilità delle concessioni fredde.

Per quanto riguarda il **finanziamento pubblico** della concessione, il limite del 30% fissato dalla disposizione sembra troppo basso e, pertanto, potrebbe impedire il realizzarsi di operazioni che comunque possono consentire risparmi di spesa pubblica rilevanti (il suggerimento è anche di ANCPL e ANCE).

La decisione di prevedere una **risoluzione di diritto** del contratto *tout court* pare eccessiva e non se ne comprende fino in fondo la *ratio*; sarebbe meglio prevedere che l'Amministrazione possa tenere conto delle eventuali responsabilità del concessionario nel ritardo della sottoscrizione del contratto di finanziamento (il suggerimento è di ANCPL e ANCE).

Nei casi previsti dalla legge, la **revisione del piano economico finanziario** non può essere eventuale ma deve costituire un diritto del concessionario (lo suggerisce anche ANCPL). Pare, inoltre, opportuno reinserire alcune parti dell'abrogato art. 143, comma 8, d.lgs. 163 del 2006, relative all'individuazione dei presupposti della revisione e all'eventualità che il PEF sia a favore dell'amministrazione. Pare anche necessario prevedere che le variazioni del PEF possano intervenire anche in relazione a fatti accaduti nella fase (che può essere anche lunga mesi o anni) che va dalla presentazione del PEF iniziale in sede di offerta alla stipula del contratto di concessione, e prima di tale stipula.

### Art. 166. Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche.

Non presente.	<i>2. A fronte del principio di libera amministrazione, sono previsti sistemi di controllo del risultato sugli esiti dell'affidamento e sull'esecuzione del contratto, anche in relazione alle singole fasi. Tali controlli presuppongono il confronto tra i risultati programmati e quelli raggiunti, tanto con riferimento alla fase dell'affidamento del</i>
---------------	---

	<p><i>contratto che a quella dell'esecuzione, secondo il principio del migliore impiego possibile delle risorse pubbliche (best value) e con la responsabilizzazione, attraverso sistemi di sanzioni e incentivi, dei funzionari pubblici responsabili del perseguimento del risultato.</i></p>
--	---

#### MOTIVAZIONE

A fronte del principio di libera amministrazione (che consente l'uso di procedure flessibili e discrezionali e che comporta l'attribuzione di grande fiducia alla pubblica amministrazione), è necessario prevedere (almeno in linea di principio) controlli sui risultati (*performance*) conseguiti, con la responsabilizzazione dei funzionari pubblici. Tale parte è completamente assente nella versione attuale del Codice e costituisce una grave lacuna che potrà avere effetti enormi in termini di inefficienza e di corruzione. È chiaro che limitarsi a introdurre una norma di principio non risolve il problema, ma potrebbe essere l'avvio di una seria riflessione sulla questione. L'attuazione concreta del principio potrebbe affidata alla *soft law*. Il modello da seguire potrebbe essere il sistema inglese, centrato sul concetto di *best value*. Analoghe considerazioni valgono non solo per le concessioni, ma anche per i PPP.

#### **Art. 173. Termini, principi e criteri di aggiudicazione.**

<p>1. Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui all'articolo 30.</p>	<p>1. Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui all'articolo 30.</p> <p><i>1 bis. Nel rispetto del principio di libera amministrazione di cui all'art. 166, il concessionario è scelto preferibilmente attraverso procedure flessibili che coinvolgano la negoziazione delle soluzioni prospettate dagli offerenti.</i></p>
---	--

#### MOTIVAZIONE

Si suggerisce l'introduzione di una norma che induca a utilizzare, per l'affidamento delle concessioni, procedure flessibili che consentano l'apprendimento dell'amministrazione, finalizzato al miglioramento dei documenti da mettere a base di gara. L'esperienza ha dimostrato i danni enormi che ha causato l'utilizzazione di procedure aperte o ristrette per affidare concessioni complesse, sulla base di scarse informazioni della p.a. Si pensi, ad esempio, alle concessioni per la costruzione e gestione di grandi ospedali, affidate con procedure aperte o ristrette, con necessità di

rinegoziare il contratto (viste le lacune dei documenti posti a base di gara), a volte anche prima dell'inizio della costruzione.

#### **Art. 174. Subappalto.**

Le eventuali proposte di modifica di tale disposizione vanno coordinate con quelle relative al sub-appalto dei lavori.

#### **Art. 176. Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro.**

La disposizione appare particolarmente problematica e, peraltro, non appare coerente con le analoghe disposizioni in materia di appalti di cui agli artt. 108 e 109 del Codice. Non pare, tuttavia, possibile procedere ad una proposta di emendamento della disposizione stessa, se, prima, non si risolvono alcune questioni teoriche di fondo.

In primo luogo, non è chiara la **natura (pubblicistica/privatistica) degli strumenti** previsti da tale disposizione; in particolare, ciò vale per la “cessazione” di cui al comma 1, che potrebbe avere tanto natura pubblicistica, come dice il Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016 (il comma 1 prevede vizi originari del procedimento di aggiudicazione; i comma 2 e 3 fanno espresso riferimento all'annullamento d'ufficio), quanto natura privatistica (la lett. c del comma 1 fa riferimento al contratto; la corrispondente disposizione sugli appalti – art. 108 – parla di “risoluzione”). Pertanto, il Legislatore dovrebbe scegliere fra le **due alternative**: **a)** chiarire che affinché si verifichi la “cessazione” di cui al comma 1 è necessario un intervento in autotutela (pubblicistica) della PA, nella forma dell'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione; in tal caso, occorrerebbe intervenire sul testo dell'art. 108, per il necessario coordinamento, come sollecitato anche dal Consiglio di Stato nel citato parere; **oppure b)** precisare che le tre fattispecie di “cessazione” sono da intendersi quali casi di risoluzione (privatistica) *ipso iure* del contratto di concessione. In entrambi i casi vi sarebbe la necessità di adeguare la rubrica dell'art. 176.

Inoltre, qualora il Legislatore intendesse privilegiare i rimedi “contrattuali” per la fine anticipata della concessione, potrebbe intervenire sui commi 4 e ss. ed escludere che la PA possa revocare concessioni in essere per motivi di interesse pubblico, prescrivendo – in luogo della revoca – il ricorso all'istituto del recesso (in conformità con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 14 del 2014).

In ogni caso, qualsiasi intervento deve rispettare il principio per cui, una volta stipulato il contratto, si deve assicurare un rapporto di tendenziale parità fra il contraente pubblico e quello privato, privilegiando interventi sul contratto a quelli sul provvedimento amministrativo.

Il tema è di particolare rilevanza, anche perché, con riferimento alle concessioni, ha effetti sulla disponibilità degli istituti bancari a procedere al finanziamento iniziale del progetto.

#### Art. 177. Affidamenti dei concessionari.

<p>1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni <del>di importo</del> di importo pari o superiore a 150.000 euro e <del>relativi alle concessioni</del> mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da <del>società</del> in house di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.</p>	<p>1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da <b>soggetti</b> in house <b>alle condizioni</b> di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.</p> <p><b><i>1-bis. Il comma 1 non si applica ai contratti aventi ad oggetto unicamente lavori di manutenzione straordinaria.</i></b></p> <p><b><i>1-ter. Nell'ipotesi di cui al comma 1, è espressamente escluso il riequilibrio del PEF per effetto dell'applicazione dell'art. 165 comma 6 del presente codice così come dell'art.143 comma 8 del d.lgs. 163/2006.</i></b></p>
---	--

#### MOTIVAZIONE

Le prime due modifiche intendono correggere altrettanti errori materiali, che potrebbe essere opportuno segnalare nonostante non siano stati rilevati dagli *stakeholder*.

La terza modifica è stata sollecitata dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016, secondo cui il soggetto *in house* non deve necessariamente rivestire la forma societaria.

Dal punto di vista sostanziale, invece, occorre segnalare che, in merito all'art. 177, numerose critiche sono state avanzate da AISCAT. In primo luogo è stata lamentata la retroattività della norma, da cui – secondo quanto prospettato – conseguirebbe l'illegittimità costituzionale ed europea dell'articolo. In subordine, viene lamentato che alla retroattività della norma (che, secondo AISCAT, avrebbe effetti sostanzialmente espropriativi) non è stata fatta seguire la previsione di alcun indennizzo per i concessionari, che nel frattempo potrebbero essersi organizzati per eseguire in proprio le prestazioni convenute, affrontando spese significative per dotarsi di mezzi e di personale. Infine, viene contestato che l'obbligo di affidamento a terzi riguarda anche le manutenzioni, definite come “*attività nevralgiche per la funzionalità delle infrastrutture autostradali e per la sicurezza della circolazione, (...) fonte di diretta responsabilità (...) e in molti casi non programmabili, da effettuarsi in costanza di traffico*”.

Alla luce di tali obiezioni, è stato proposto l'inserimento del comma 1-*bis*, che si propone di inserire. Non sembra opportuno intervenire sulla retroattività della norma (un tale intervento, del resto, si risolverebbe nell'abrogazione dell'intero articolo, atteso che esso si riferisce unicamente alle concessioni in essere e non anche alle nuove concessioni), che trova esplicito fondamento nella legge delega e che è stata avallata anche dal Consiglio di Stato. Non sembra praticabile nemmeno un indennizzo in favore dei concessionari, che si risolverebbe in un'ulteriore fonte di spesa per la pubblica amministrazione. Un compromesso ragionevole, in parziale accoglimento dei rilievi di AISCAT, sembra essere quello di escludere dall'obbligo di affidamento a terzi almeno le manutenzioni straordinarie, atteso che spesso non sono preventivamente programmabili dal concessionario e che la necessità di dover espletare ogni volta una procedura di gara potrebbe causare eccessivi ritardi.

Deve, in ultimo, essere segnalata una criticità che potrebbe fare diventare la disposizione in questione un vero e proprio *boomerang* per le pubbliche amministrazioni. Tale disposizione, infatti, potrebbe determinare una variazione delle condizioni dei PEF per fatto non dipendente dal concessionario (*i.e.* la modifica normativa) tale da comportare l'applicazione dell'attuale art. 165, comma 6, del Codice ovvero, più correttamente *ratione temporis* (dato che si tratta di contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice) del corrispondente art. 143, comma 8, d.lgs. 163/2006, con conseguente obbligo di riequilibrio. Occorre escludere espressamente tale eventualità. Tale proposta di modifica potrebbe ovviamente andare contro gli interessi dei concessionari (compresi i nostri *stakeholders*).

## PARTE IV - PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO E CONTRAENTE GENERALE

### Art. 179. Disciplina comune applicabile.

L'intervento su questa disposizione è difficile e, forse, impossibile poiché si tratta di una disposizione eccessivamente generica, che si riferisce a istituti troppo diversi fra loro (PPP, *in house*, contraente generale).

### TITOLO II - PARTENARIATO PUBBLICO

Alcune osservazioni generali:

- il Titolo II, della Parte IV, sui PPP, non appare coordinato con la Parte III sulle concessioni. La cosa è particolarmente rilevante se si considera che le concessioni costituiscono una forma particolare di PPP;
- la disciplina dei PPP non appare riconducibile alla direttiva 24 (appalti) poiché i PPP non sono appalti e se ne distinguono per l'elemento del trasferimento del rischio; tantomeno appare riconducibile alla direttiva 23 (concessioni) poiché le concessioni sono una forma di PPP e non il contrario (dunque, la direttiva concessioni si applica solo a quei particolari PPP che sono le concessioni). Si tratterebbe, dunque, di contratti senza copertura europea, con la conseguenza che sono atipici per il diritto europeo, ma che il Legislatore italiano ha deciso di regolare;
- il Codice fa confusione sulla qualificazione dei PPP; i PPP sono di tipi di contratti e non sistemi di finanziamento né procedure di aggiudicazione; si pensi, ad esempio, alla finanza di progetto che è una procedura di aggiudicazione su iniziativa di un promotore di una concessione o di un *leasing* e, pertanto, non può essere considerata un contratto di PPP (come previsto dall'attuale art. 180, comma 8) né tantomeno un sistema di finanziamento (come previsto dall'attuale art. 182, comma 1);
- manca una disciplina comune per l'esecuzione dei contratti di PPP (come, invece, è prevista per gli appalti e per le concessioni);
- vi sono, poi, molte questioni puntuali sulle discipline dei singoli contratti, che andrebbero attentamente valutate, ereditate dalla trasposizione letterale delle disposizioni del vecchio codice e che potrebbero essere incompatibili con il nuovo sistema (ad esempio, finanza di progetto, contratto di *leasing*, contratto di disponibilità). Solo ad alcune potrà essere fatto cenno.

### Art. 180. Partenariato pubblico privato.

1. Il contratto di partenariato è il contratto a titolo oneroso di cui all'articolo 3, comma	1. Il <i>partenariato pubblico privato costituisce la categoria di contratti</i> a titolo
--	---

<p>1, lettera eee). Il contratto può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi.</p>	<p>oneroso di cui all'articolo 3, comma 1, lettera eee). <b>Tali contratti possono</b> avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi.</p>
<p>2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi <del>di gestione</del> 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.</p>	<p>2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto <b>dall'amministrazione aggiudicatrice</b> 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.</p>
<p>3. Nel contratto di partenariato pubblico privato 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 come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3 comma 1 lettere aaa), bbb) e ccc). Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico.</p>	<p>3. Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo del <b>rischio operativo, sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi</b>, per il periodo di gestione dell'opera <b>o del servizio</b>, come definito dall'articolo 3 comma 1 <b>lettera zz)</b>. Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda o <b>dalla sua capacità di garantire un'offerta sufficiente a fare fronte alla domanda proveniente dall'utenza</b>, e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico.</p>
<p>4. 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.</p>	<p>4. A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone <b>oppure di corrispondere una diversa utilità economica, comunque pattuita ex ante</b>, all'operatore economico che sono proporzionalmente ridotti o annullati nei periodi di ridotta o mancata</p>

<p>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.</p>	<p>disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Tali variazioni del canone <b>o della diversa utilità economica</b> 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.</p>
<p><del>5. 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</del> 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.</p>	<p><b>5. In alternativa a quanto previsto dal comma 4</b>, l'amministrazione aggiudicatrice <b>può rimettere</b> la remunerazione <b>dei lavori o del servizio</b> allo sfruttamento diretto <b>dell'opera o del servizio</b> da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo <b>nonché il rischio di un'offerta insufficiente a far fronte alla domanda degli utenti</b>.</p>
<p>6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli 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. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al <del> trenta</del> per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p>	<p>6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli 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. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera <b>o al servizio</b> da affidare in <b>partenariato</b>. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, <b>non può determinare il venire meno del trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore e comunque non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento</b></p>



	<i>complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</i>
7. La documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto.	7. La documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. <b><i>Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto. Nel caso in cui l'operatore dia adeguata giustificazione del ritardo nel perfezionamento del contratto di finanziamento per cause a lui non imputabili, l'amministrazione aggiudicatrice può impedire che operi la predetta risoluzione di diritto e concedere all'operatore un ulteriore termine di dodici mesi per il medesimo adempimento, trascorso inutilmente il quale il contratto di partenariato pubblico privato è risolto di diritto.</i></b>
8. Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano <del>la finanza di progetto</del> , la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti.	8. Nella <b><i>categoria</i></b> dei contratti di cui al comma 1 rientrano, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque <b><i>altro contratto</i></b> di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti.

#### MOTIVAZIONE

- **comma 1:** i PPP rappresentano una categoria di contratti e non un singolo contratto;
- **comma 2:** non tutti i PPP hanno la fase di gestione;
- **comma 3:** come già detto, è necessario superare il riferimento ai rischi di Eurostat 2004 e conformare i PPP al rischio operativo previsto per le concessioni dalle direttive europee; come si è già visto le nuove categorie di rischio comprendono quelle precedenti di Eurostat; pertanto. Va colmata la lacuna relativa alla mancanza del riferimento al “*rischio sul lato dell’offerta*”, che riguarda la capacità dell’operatore di garantire un’offerta che riesca a far fronte adeguatamente alla domanda da parte degli utenti;

- **comma 4:** la disposizione, nella versione attualmente vigente, divide due forme diverse di PPP freddi; pare opportuno unificarle nell'unico comma 4, lasciando al successivo comma 5 la disciplina dei PPP caldi;
- **comma 5:** a parte l'eliminazione del riferimento ai PPP freddi (v. commento *sub* comma 4), si è intervenuti per colmare due lacune della disposizione: in primo luogo, non si faceva riferimento alla gestione di un servizio non connesso a un'opera; in secondo luogo, mancava un riferimento al rischio sul lato dell'offerta relativo all'insufficienza della stessa rispetto alle richieste del mercato;
- **comma 6:** nella disposizione attuale, manca il riferimento al servizio; viene, inoltre, utilizzato impropriamente il termine “*concessione*”, invece che quello corretto di “*partenariato*”; infine, al pari di quanto già visto per le concessioni, il limite del 30% per il finanziamento pubblico dei PPP è sembrato troppo basso e, per questo, lo si porta al 50%, sottolineando anche che deve pur sempre sussistere il trasferimento del rischio in capo al privato (si vedano le osservazioni di ANCPL e ANCE). **La disposizione deve essere coordinata con l'art. 165, comma 2.**
- **comma 7:** la decisione di prevedere una risoluzione di diritto del contratto *tout court* è eccessiva; meglio prevedere che l'Amministrazione deve tenere conto delle eventuali colpe dell'operatore nel ritardo della sottoscrizione del contratto di finanziamento prima di prendere una simile decisione (lo suggeriscono anche ANCPL; ANCE). **La disposizione deve essere coordinata con l'art. 165, comma 3.**
- **comma 8:** la finanza di progetto non è un contratto, ma una procedura di affidamento di un contratto.

### **Art. 181. Procedure di affidamento.**

1. La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo.	1. La scelta dell'operatore economico avviene <b><i>nel rispetto dei principi per l'aggiudicazione dei contratti pubblici di cui all'art. 30 e del principio di libera amministrazione di cui all'art. 166.</i></b>  <b><i>1 bis. Nel rispetto dei principi di cui al comma 1, l'operatore è scelto preferibilmente attraverso procedure flessibili che coinvolgano la negoziazione delle soluzioni prospettate dagli offerenti.</i></b>
2. Salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione come prevista dall'articolo 180, comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto	2. Salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione come prevista dall'articolo 180, comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di

definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico.	contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, <b>come disciplinati dall'art. 180.</b>
--	---

## MOTIVAZIONE

La disposizione deve essere adeguata ai principi in materia di concessioni (che costituiscono una forma di PPP) e alle proposte di modifica fatte per quelle disposizioni. In particolare, deve essere garantita maggiore flessibilità alle stazioni appaltanti, senza vincolarle a specifiche procedure di aggiudicazione. Inoltre, sembra opportuno specificare che già lo schema del contratto e del PEF devono assicurare il trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore economico.

### Art. 182. Finanziamento del progetto.

1. Il finanziamento dei contratti può avvenire utilizzando idonei strumenti <del>quali, tra gli altri, la finanza di progetto</del> . Il finanziamento può anche riguardare il conferimento di asset patrimoniali pubblici e privati. La remunerazione del capitale investito è definita nel contratto.	1. Il finanziamento dei contratti può avvenire utilizzando idonei strumenti. Il finanziamento può anche riguardare il conferimento di asset patrimoniali pubblici e privati. La remunerazione del capitale investito è definita nel contratto, <b>di cui il piano economico finanziario costituisce parte integrante.</b>
2. Il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico.	2. Il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la <b>effettiva</b> permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico.
3. Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta	3. Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario <b>deve comportare</b> la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. <b>La revisione del piano economico finanziario è, ad esempio, causata da variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti o alle condizioni di base di piano economico finanziario, nonché da norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi</b>

<p>allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.</p>	<p><b><i>meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario.</i></b> La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. <b><i>Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per l'operatore economico, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore dell'amministrazione aggiudicatrice. La revisione del piano economico finanziario, alle medesime condizioni di cui ai capoversi precedenti, è ammessa anche in relazione a fatti verificatisi tra la presentazione dell'offerta e la stipula del contratto. In relazione a fatti successivi alla stipula del contratto di partenariato pubblico privato, in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.</i></b></p>
---	--

#### MOTIVAZIONE

In primo luogo, è opportuno specificare che la finanza di progetto non è uno strumento di finanziamento, ma una procedura di affidamento del contratto.

In secondo luogo, sembra opportuno sottolineare l'importanza del PEF all'interno del contratto di PPP.

In terzo luogo, in merito alla revisione del PEF (comma 3), è necessario coordinare gli interventi di modifica con quelli previsti in materia di concessioni. Pertanto, **la disposizione deve essere coordinata con l'art. 165, comma 6.**

### **Art. 183. Finanza di progetto.**

La finanza di progetto non è né un contratto di PPP né uno strumento di finanziamento, bensì rappresenta una procedura di affidamento di un contratto di concessione o di altro PPP. Si distingue teoricamente dalle altre procedure di affidamento perché caratterizzata dall'iniziativa di un promotore privato. Per questo, si suggerisce di risolvere definitivamente l'equivoco, cambiando il nome dell'istituto e, quindi, la rubrica della disposizione, che potrebbe, dunque, diventare "*Affidamento di un contratto di partenariato pubblico privato di lavori per iniziativa del promotore*".

Ci si chiede, inoltre, se sia ancora utile mantenere la disciplina della finanza di progetto per lavori inseriti in programmazione (comma 1 e segg.). In tale caso, infatti, l'iniziativa dell'operazione appare della pubblica amministrazione, chiamata a emettere un bando sulla base di un progetto di fattibilità. Basterebbe, dunque, prevedere tale possibilità anche in relazione all'affidamento delle concessioni, senza dovere ricorrere ad un istituto apposito. A tal fine, potrebbe, ad esempio introdursi un articolo 169-bis che rechi la seguente disposizione: "*I contratti di concessione sono affidati sulla base di un livello minimo di progettazione corrispondente al progetto di fattibilità*". Peraltro, già nel parere sullo schema del terzo decreto correttivo al Codice 2006 (d.lgs. 11.09.2008, n. 152), il Consiglio di Stato aveva sottolineato che la finanza di progetto così concepita "*finisce con l'essere un inutile duplicato dell'istituto della concessione*", suggerendo di "*prendere seriamente in considerazione la possibilità di sopprimerlo*" (CdS, sez. cons. atti norm., 14.07.2008, n. 2357, p. 9).

Accettando simili proposte di modifica, rimarrebbe, dunque, la sola finanza di progetto a iniziativa privata di cui ai comma 15 e segg., nella quale l'iniziativa privata è davvero di un promotore, così da giustificare un'apposita disciplina.

### **Art. 183-bis. Affidamento di un contratto di una concessione di servizi su iniziativa del promotore.**

Non presente.	<b><i>1. Ai fini dell'affidamento in finanza di progetto di contratti di concessione di servizi, soggetti privati possono presentare proposte che contengono uno studio di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico - finanziario, asseverato</i></b>
---------------	--

dai soggetti indicati dall'[articolo 153, comma 9, del codice](#), una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'[articolo 83, comma 1, del codice](#) e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice. Le proposte indicano, inoltre, l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, nel limite di cui all'articolo 153, comma 9, ultimo periodo, del codice.

2. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice si avvalga della facoltà di cui all'[articolo 271](#), è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma. Le amministrazioni valutano le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla gestione dei servizi. Ove le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, si applicano le disposizioni del presente articolo.

3. La fattibilità delle proposte presentate è valutata, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione; è verificata, altresì, l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione. In caso di pluralità di proposte, esse vengono valutate comparativamente nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 3, del codice. A seguito della valutazione comparativa è individuato il promotore.

	<p><i>4. Ai fini della scelta del concessionario, le amministrazioni aggiudicatrici procedono ad indire una gara informale ai sensi dell'<a href="#">articolo 30, comma 3, del codice</a>, cui viene invitato anche il promotore, ponendo a base di gara la proposta presentata dallo stesso. Nella fase di scelta del concessionario, il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In tal caso il promotore risulterà affidatario della concessione. E' fatto salvo l'articolo 30, comma 4, del codice.</i></p> <p><i>5. Per tutto quanto non espressamente regolato dal presente articolo si applicano le disposizioni del codice e del regolamento in quanto compatibili.</i></p> <p><i>6. Il presente articolo si applica ai contratti di servizi di cui all'<a href="#">articolo 197, comma 3, del codice</a>.</i></p>
--	---

#### MOTIVAZIONE

Occorrerebbe prevedere espressamente la possibilità dell'affidamento della concessione di servizi su iniziativa privata. A tal fine, si propone di reintrodurre la disposizione di cui all'art. 278 del d.P.R. 207/2010 (che si riporta nel testo pre-vigente), ovviamente da coordinare con le disposizioni del nuovo Codice nonché con le eventuali modifiche che saranno apportate all'art. 183, alla luce delle proposte avanzate.

#### **Art. 187. Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità.**

<p>1. Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria, che costituisce <del>appalto</del> pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo.</p>	<p>1. Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria, che costituisce <b>contratto</b> pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo.</p>
<p>7. L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera</p>	<p>7. L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera</p>

pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; l'opera <del>può essere</del> realizzata su area <del>nella disponibilità</del> dell'aggiudicatario.	pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; l'opera è realizzata su area <b><i>privata o su area pubblica previa costituzione di un diritto di superficie in capo all'aggiudicatario.</i></b>
--	---

## MOTIVAZIONE

In generale, può osservarsi che i due contratti gemelli di **leasing (art. 187)** e di **disponibilità (art. 188)** sono stati copiati acriticamente dal Codice del 2006, nel quale, peraltro, erano stati inseriti in due epoche diverse. Essi si riferiscono ai modelli civilistici del *leasing* finanziario e del *leasing* operativo. Tale affinità sostanziale non giustifica discipline tanto diverse come quelle attualmente vigenti. I due istituti andrebbero rimeditati completamente. Si consideri che l'insufficienza dell'attuale regolazione (anche di quella contenuta nel Codice 2006) dei due istituti ne ha determinato la scarsissima applicazione pratica.

Con riferimento al solo contratto di **locazione finanziaria (art. 187)**, sono state proposte alcune modifiche, ritenute, in ogni caso, necessarie. Al **comma 1** si è intervenuto per specificare che il contratto di *leasing* è un contratto di PPP e non un appalto di lavori, dal momento che è caratterizzato dall'elemento del trasferimento del rischio. Esso, pertanto, non deve ritenersi assoggettato alla direttiva 24/2014/UE sugli appalti. Va bene il riferimento i lavori per sottolineare che il *leasing* non ha ad oggetto servizi, ma deve andare via il riferimento all'appalto. Al **comma 7** si è intervenuto per sottolineare che l'opera in *leasing* è realizzata normalmente su area privata, configurandosi come possibile alternativa all'acquisto di cosa immobile futura. Nel caso di area pubblica è necessario prevedere la costituzione di un diritto di superficie; solo in questo caso, infatti, a fronte del diritto reale di godimento sul suolo, si giustificherebbe il possibile esercizio dell'opzione d'acquisto, da parte dell'amministrazione, al termine del contratto. Nel caso, invece, di una mera disponibilità del suolo, tale riacquisto non sarebbe giustificato.

### **Art. 189. Interventi di sussidiarietà orizzontale + Art. 189. Baratto Amministrativo.**

Questi istituti sono inseriti nel Titolo sui PPP e, dunque, ad essi si dovrebbero applicare i principi generali dei PPP, primo fra tutti quello del trasferimento del rischio. Essi, tuttavia, appaiono incompatibili con tale principio. Si tratta, infatti, di istituti di Partenariato Pubblico Sociale (PPS) che coinvolgono comunità di cittadini nella gestione di determinati beni, normalmente a titolo di volontariato e non per ragioni di profitto. La questione andrebbe definitivamente chiarita e tali contratti, qualora si volessero mantenere nel codice, dovrebbero essere comunque separati dal PPP.



Si consideri, inoltre, che gli stessi contratti rischiano di interferire con i procedimenti amministrativi che molti Comuni hanno avviato per dare attuazione ai Regolamenti comunali per la cura e gestione dei beni comuni urbani (si veda il modello Labsus, [www.labsus.org](http://www.labsus.org)). Le disposizioni in esame potrebbero costituire un inutile appesantimento che rischia di ostacolare tali procedimenti. Si consiglia, dunque, di abolire tali disposizioni o di rimediarne completamente la disciplina.

#### **Art. 191. Cessione di immobili in cambio di opere.**

Tale istituto non può essere considerato un contratto di PPP, ma rappresenta una modalità di pagamento del corrispettivo all'impresa privata attraverso la cessione di immobili. La disposizione dovrebbe avere portata generale e non se ne capisce la collocazione nell'ambito dei PPP. Sarebbe utile riferirla a tutti i tipi di contratto pubblico, compresi gli appalti tradizionali.

La disposizione, peraltro, appare non coerente con le quelle speciali di cui agli artt. 165, comma 2 (concessioni) e 180, comma 6 (PPP), che prevedono un limite del 30% (che si è suggerito di estendere al 50%) al prezzo aggiuntivo pagato dall'amministrazione aggiudicatrice, che può consistere anche nella cessione di immobili. La cessione di immobili di cui all'art. 191, nel caso di concessioni e PPP, dovrebbe rispettare tale limite e comunque il principio del trasferimento del rischio sul partner privato.

## CONCESSIONI E PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO - CONTRIBUTO B)

### ART. 165

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<p>1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale <del>netto</del> dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.</p>	<p>1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario, <i>al netto degli oneri finanziari. Ai fini di cui al presente comma e della definizione delle "condizioni operative normali", si precisa che il rischio connesso ad eventi imprevisi ed imprevedibili non imputabili al concessionario è assunto dal concedente.</i></p>
<p>2. L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli 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. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui</p>	<p>2. L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli 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. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente</p>

<p>utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al <del>trenta</del> per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p>	<p>connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta <b>cinquanta</b> per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p>
<p><b>3.</b> La sottoscrizione del contratto di concessione ha luogo dopo la presentazione <del>di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera.</del> Il contratto di concessione è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia <del>perfezionato</del> entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione. Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18</p>	<p><b>3.</b> La sottoscrizione del contratto di concessione ha luogo dopo la presentazione <b><i>da parte dell'aggiudicatario di una lettera dell'istituto finanziatore di impegno al finanziamento dell'iniziativa ovvero di una lettera dell'emittente al finanziamento dell'iniziativa mediante collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185.</i></b> Il contratto di concessione è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia <b><i>sottoscritto</i></b> entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione <b><i>ovvero entro il medesimo termine non siano collocate le obbligazioni di progetto di cui all'art. 185.</i></b> Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che</p>

<p>della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché' l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.</p>	<p>non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché' l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.</p>
<p>OMISSIS</p>	
<p><b>5.</b> L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancato collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché' sottoscritte entro lo stesso termine. <del>Nel caso di risoluzione del rapporto ai sensi del primo periodo, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva.</del> Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale.</p>	<p><b>5.</b> L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancato collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché' sottoscritte entro lo stesso termine. Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale.</p>
<p>OMISSIS</p>	

## MOTIVAZIONE

Le modifiche all'art. 165 hanno la finalità di:

- chiarire la portata dell'espressione “*valore netto degli investimenti*” e – al tempo stesso - circoscrivere il concetto di “*condizioni operative normali*” al fine di allocare sul concedente il rischio cd. sistemico (**comma 1**). La necessità di dare, nella normativa di attuazione, una più dettagliata disciplina a questo aspetto – assolutamente centrale nell'analisi di fattibilità da parte di ogni potenziale operatore economico – non esime la norma primaria dalla definizione di un principio orientativo di carattere generale;
- incrementare fino al 50% il tetto del valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione (**comma 2**): tale incremento non presenta – in sé - alcun “rischio” per la finanza pubblica, ma semplicemente allarga il raggio di applicabilità del contratto di concessione (opere “tiepide” e “fredde”), come da più parti auspicato;
- meglio specificare l'espressione “*idonea documentazione*” e sostituire il generico termine “*perfezionamento*” (che ricorre nel testo vigente) con il più preciso “sottoscrizione” (**comma 3**): si ricorda, infatti, che il finanziamento delle operazioni avviene per lo più tramite contratti di mutuo: di tal che ove si parlasse di perfezionamento dovrebbe intendersi la datio della somme richieste: il che vorrebbe dire che, nei 12 mesi, dovrebbe aversi la sottoscrizione del contratto di finanziamento (che a sua volta presuppone il completamento dell'iter istruttorio e deliberativo a cura dell'istituto finanziatore), il verificarsi delle relative condizioni sospensive (documentali e non) e la datio delle somme (i.e. l'erogazione del finanziamento);
- sopprimere una previsione, presente nell'attuale testo (**comma 5**), che – oltre che ridurre qualunque appetibilità per un investitore privato - si configura quale illecito arricchimento a favore del concedente.

### Art. 176

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<i>omissis</i>	
<p><b>4.</b> Qualora la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest'ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario:</p> <p>a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;</p>	<p><b>4.</b> Qualora la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest'ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario:</p> <p>a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario, <i>ivi compresi gli oneri</i></p>

<p>b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;</p> <p>c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione.</p>	<p><i>finanziari per il rimborso anticipato del finanziamento;</i></p> <p>b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;</p> <p>c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione.</p>
<p>OMISSIS</p>	
<p><b>6.</b> L'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore delle somme previste al comma 4.</p>	<p><b>6.</b> <i>L'ente concedente può procedere alla revoca della concessione, previa adeguata motivazione, solo in casi eccezionali e comunque non oltre tre anni dall'intervenuta sottoscrizione del contratto di concessione.</i> L'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore delle somme previste al comma 4.</p>
<p>OMISSIS</p>	

#### MOTIVAZIONE

Le modifiche all'art. 176 recano (**comma 4**) una migliore specificazione delle spese che sono da considerarsi facenti parte dei “*costi effettivamente sostenuti dal concessionario*”: si chiarisce che la voce di spesa relativa agli oneri finanziari per il rimborso anticipato del finanziamento è certamente parte di questi costi complessivi. Inoltre, con una modifica al **comma 6**, si propone – in tema di revoca - una formulazione che, pur rispettosa del principio della discrezionalità amministrativa, mira a fissare dei paletti in merito alle ipotesi in cui il concedente può procedere alla revoca. Sono noti i forti impatti che questa disciplina (che pure necessita di ulteriori approfondimenti in sede di atti attuativi) ha sulla bancabilità – e quindi sulla fattibilità economica della (potenziale) iniziativa.

**Art. 180**

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
OMISSIS	
<p><b>6.</b> L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli 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. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al <del>trenta</del> per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p>	<p><b>6.</b> L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli 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. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al <b><i>cinquanta</i></b> per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.</p>
<p><b>7.</b> La documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione di <del>idonea</del> <del>documentazione inerente il finanziamento dell'opera</del>. Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia <del>perfezionato</del> entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto.</p>	<p><b>7.</b> La documentata disponibilità di un finanziamento – <i>così come definita nel bando di gara e da intendersi, fra l'altro, quale lettera dell'istituto finanziatore di impegno al finanziamento dell'iniziativa ovvero quale lettera dell'emittente di impegno al finanziamento dell'iniziativa mediante collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'<u>articolo 185</u></i> - è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato.</p>

	<p>La sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione <i>da parte dell'aggiudicatario di una lettera dell'istituto finanziatore di impegno al finanziamento dell'iniziativa ovvero di una lettera dell'emittente al finanziamento dell'iniziativa mediante collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185</i>. Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia <i>sottoscritto</i> entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto.</p>
OMISSIS	

#### MOTIVAZIONE

Le modifiche all'art. 180 servono al coordinamento con le modifiche proposte all'art. 175 (*vedi*).

#### ART. 181

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<p><b>1.</b> <del>La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo.</del></p>	<p><b>1.</b> <i>Alle procedure di aggiudicazione di contratti di partenariato pubblico privato si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.</i></p>
OMISSIS	



## MOTIVAZIONE

La modifica ha la finalità di coordinare le disposizioni dell'art. 181 con quelle recate dall'art. 164 in tema di contratti di concessione.

### Art. 183

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
OMISSIS	
<p><b>15.</b> Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al</p>	<p><b>15.</b> Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle</p>

possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo ~~103~~, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apportale modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché' le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle

autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo **93**, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apportale modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché' le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il

<p>obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.</p>	<p>diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.</p>
<p><b>16.</b> La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 187.</p>	<p><b>16.</b> La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 187, <i><b>nonché il contratto di disponibilità di cui all'art. 188.</b></i></p>
<p>OMISSIS</p>	

#### MOTIVAZIONE

La modifica al comma 15 dell'art. 183 mira a rimediare a quello che probabilmente è un mero errore materiale in quanto la proposta dovrebbe ragionevolmente essere accompagnata da una cauzione provvisoria, e non definitiva.

La modifica al comma 16, invece, include anche il contratto di disponibilità fra i contratti attivabili attraverso le procedure di finanza di progetto.

## PRECONTENZIOSO

### ART. 211

DISPOSIZIONE ATTUALE	PROPOSTA DI MODIFICA
<p>1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.</p> <p>2. Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni</p>	<p>1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. <i>Se sulle medesime questioni insorge un contenzioso giudiziale, l'Anac non si pronuncia sulla richiesta e il procedimento si archivia.</i> Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. <i>Restano fermi i termini di legge per impugnare gli atti lesivi, ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo.</i> In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.</p> <p>2. Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un <i>grave</i> vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela, <i>nel rispetto dell'art. 21-nonies della l. n. 241/90</i>, e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni.</p> <p><i>In caso di</i> mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato, <i>l'Autorità può proporre ricorso nel successivo termine di trenta giorni davanti al giudice amministrativo. Al giudizio si applica il rito previsto dall'art. 120 del codice del processo amministrativo.</i> La</p>

appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo.	raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo.
---	--

## MOTIVAZIONE

### **Comma 1**

La norma limita la vincolatività del parere alle parti che vi hanno acconsentito e quindi non esclude impugnative di terzi anche degli atti in relazione ai quali è stato richiesto parere.

Per evitare sovrapposizioni, occorrerebbe chiarire che se vengono impugnati da terzi gli atti oggetto di parere il procedimento di precontenzioso si archivia (ciò lo prevede la normativa regolamentare interna sul procedimento ma sarebbe necessario inserire la previsione nella legge, data la natura vincolante del parere). Oppure andrebbe chiarito sul piano normativo che il parere è vincolante per tutti i soggetti coinvolti nel procedimento di gara e non solo per chi ha dato il consenso ad attenersi al parere medesimo. Ciò è anche il suggerimento del Consiglio di Stato.

Occorrerebbe anche chiarire che l'impugnazione del parere non esime dall'impugnazione nei termini degli atti oggetto di parere immediatamente lesivi.

### **Comma 2**

Si propone di superare le critiche sollevate sulla norma per assenza di riferimenti ai principi e norme sull'autotutela (che non richiede solo l'esistenza di un vizio di legittimità, ma anche un interesse pubblico concreto e attuale, e il rispetto di termini massimi per il suo esercizio). Per questo si propone integrare la norma con il rinvio all'art. 21- nonies della legge n. 241 del 1990. L'autotutela della stazione appaltante dovrebbe essere esercitata sempre nel rispetto di questa norma.

La norma prevede altresì un potere sanzionatorio in caso di non adeguamento della stazione appaltante in caso di mancato adeguamento alla raccomandazione e l'incidenza sui requisiti reputazionali. In tal modo la stazione appaltante viene sanzionata per atti che non sono dichiarati illegittimi e può contestare la raccomandazione solo con ricorso. Ciò considerato, la norma andrebbe modificata prevedendo che il mancato adeguamento, come sostiene anche il Consiglio di Stato, consenta all'Anac di impugnare l'atto amministrativo o che il potere di raccomandazione sia limitato ai casi più gravi e macroscopici

## CABINA DI REGIA

### Art. 212

<p><b>1.</b> E' istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri una Cabina di regia con il compito di:</p> <p>a) effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del presente codice e sulle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti nella fase di applicazione anche al fine di proporre eventuali soluzioni correttive e di miglioramento;</p> <p>b) curare, se del caso con apposito piano di azione, la fase di attuazione del presente codice coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, nonché della loro raccolta in testi unici integrati, organici e omogenei, al fine di assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca;</p> <p>c) esaminare le proposte di modifiche normative nella materia disciplinata dal presente codice al fine di valutarne l'impatto sulla legislazione vigente, garantire omogeneità e certezza giuridica, supportando la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri nel coordinamento dei vari interventi regolatori nel settore;</p> <p>d) promuovere la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto, al fine della diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto;</p> <p>e) promuovere accordi, protocolli di intesa, convenzioni, anche con associazioni private per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche;</p>	<p><b>1.</b> È istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri una Cabina di regia con il compito di:</p> <p>a) effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del presente codice e sulle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti nella fase di applicazione anche al fine di proporre eventuali soluzioni correttive e di miglioramento;</p> <p><b>b) curare stabilmente, adottando appositi piani di monitoraggio e di azione, lo stato di attuazione del codice e la funzionalità della sua applicazione, unitamente alla disciplina esecutiva;</b></p> <p><b>c) in funzione degli obiettivi di cui alla lettera b) che precede, svolgere con cadenza precisata dal DPCM istitutivo e con metodologie specificamente sviluppate per la materia dei contratti pubblici, di concerto con i soggetti titolari delle competenze regolatorie, analisi tecniche e valutazioni di impatto, preventive e successive, settoriali e sistemiche, della disciplina codicistica e di quella attuativa; le analisi compiute presso la Cabina integrano ed assorbono AIR, VIR e ATN; la disciplina delle valutazioni d'impatto intestate alla Cabina prevede strumenti di partecipazione dei soggetti pubblici e degli stakeholder privati, nonché regolari interlocuzioni con esponenti della magistratura amministrativa, della magistratura civile e della Corte dei Conti; le risultanze delle analisi d'impatto sono pubblicate sul sito della Cabina; nelle sue attività di monitoraggio e di elaborazione delle informazioni, la Cabina di Regia può farsi coadiuvare, all'occorrenza, da</b></p>
--	---

	<p><b>soggetti ausiliari pubblici o privati qualificati, nel rispetto, ove necessario, delle norme a protezione del mercato e della concorrenza;</b></p> <p>d) <b>coordinare</b> l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, nonché della loro raccolta in testi unici integrati, organici e omogenei, al fine di assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca;</p> <p>e) <b>formulare proposte di modifica normativa nella materia disciplinata dal presente codice ed</b> esaminare le proposte di modifica, al fine di valutarne l'impatto sulla legislazione vigente, garantire omogeneità e certezza giuridica, supportando la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri nel coordinamento dei vari interventi regolatori nel settore;</p> <p>f) promuove la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto, al fine della diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto;</p> <p>g) promuove accordi, protocolli di intesa, convenzioni, anche con associazioni private per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche.</p>
OMISSIS	

#### MOTIVAZIONE

Sarebbe opportuno intestare esplicitamente alla cabina di regia il compito di svolgere tutte quelle operazioni istruttorie e valutative che oggi sono troppo debolmente disciplinate dalla normativa generale su AIR, VIR, ATN, affinché le analisi di impatto degli effetti normativi e di coerenza, diagnostiche e prognostiche, che tra l'altro dovrebbero preparare proposte e correttivi consapevoli, siano da essa compiute in via continuativa e permanente, con cadenze serrate e ben sorvegliate, con tecniche molto

più evolute, col corredo di stime quantitative mirate, ove possibile, secondo dettami appositamente pensati per la materia dei contratti pubblici, all'insegna di un criterio di specializzazione, guardando al "sistema delle regole" nel suo complesso. In questa prospettiva le analisi d'impatto, preventive o successive, spettanti ad ANAC o alle altre istituzioni munite di poteri regolatori, in materia contrattuale, dovrebbero svolgersi di concerto con la Cabina, con le metodologie e i criteri specialistici all'uopo elaborati.

Nella Cabina di Regia dovrebbe, comunque, essere previsto uno spazio per la stabile partecipazione di organismi che, ancorché privati, abbiano ad oggetto della rispettiva attività la cura, in una prospettiva di medio lungo termine, degli interessi generali e prevalenti del Paese. Il monitoraggio sull'impatto del nuovo Codice rispetto all'economia del Paese, potrebbe essere affidato ad uno o più di tali organismi.

### PROPOSTE DEGLI STAKEHOLDERS

La Federazione delle Industrie dei Prodotti, degli Impianti, dei Servizi e delle Opere Specialiste per le Costruzioni (FINCO) *“segnala l'importanza di una consultazione costante con gli operatori del settore attraverso la creazione di un Tavolo Istituzionale di confronto aperto alle Associazioni” “e, comunque, il raccordo con la Cabina di Regia prevista dall'art. 212 del Codice”*.



## **PARTE SECONDA LE PROPOSTE DEGLI STAKEHOLDERS**