



IL CODICE DEI CONTRATTI: PROSPETTIVE DI RIFORMA

a cura di
Avv. A. Cancrini

L'evoluzione del quadro normativo

Come è noto il nuovo codice ha abbandonato il modello del regolamento unico, optando per un sistema attuativo più snello e flessibile demandando ad una pluralità di strumenti normativi ed amministrativi.

In quest'ambito, un ruolo importante è stato assegnato alle linee guida, che nella delega e nello schema del codice avevano il compito di disciplinare con maggiore semplicità le regole che nel vecchio codice erano ricomprese nel vecchio regolamento.

Nel complesso il nuovo codice ha previsto 55 atti attuativi che avrebbero dovuto entrare in vigore al massimo entro il primo anno di vita del nuovo codice ma che, a tutt'oggi, per la maggior parte, non sono stati ancora emanati.

Gli atti attuativi espressamente nominati dal codice, e sinora pubblicati, sono i seguenti, in ordine cronologico:

- 1) d.m. 24.5.2016 sui CAM (criteri ambientali minimi) per alcuni servizi e forniture; d.m. 11.1.2017 CAM per gli arredi per interni, per l'edilizia e per i pro-



IL CODICE DEI CONTRATTI: PROSPETTIVE DI RIFORMA

a cura di
Avv. A. Cancrini

L'evoluzione del quadro normativo

Come è noto il nuovo codice ha abbandonato il modello del regolamento unico, optando per un sistema attuativo più snello e flessibile demandando ad una pluralità di strumenti normativi ed amministrativi.

In quest'ambito, un ruolo importante è stato assegnato alle linee guida, che nella delega e nello schema del codice avevano il compito di disciplinare con maggiore semplicità le regole che nel vecchio codice erano ricomprese nel vecchio regolamento.

Nel complesso il nuovo codice ha previsto 55 atti attuativi che avrebbero dovuto entrare in vigore al massimo entro il primo anno di vita del nuovo codice ma che, a tutt'oggi, per la maggior parte, non sono stati ancora emanati.

Gli atti attuativi espressamente nominati dal codice, e sinora pubblicati, sono i seguenti, in ordine cronologico:

- 1) d.m. 24.5.2016 sui CAM (criteri ambientali minimi) per alcuni servizi e forniture; d.m. 11.1.2017 CAM per gli arredi per interni, per l'edilizia e per i pro-



WHAT'S
NEXT?

- dotti tessili; d.m. 15.2.2017 CAM da inserire obbligatoriamente nei capitolati tecnici delle gare d'appalto per l'esecuzione dei trattamenti fitosanitari sulle o lungo le linee ferroviarie e sulle o lungo le strade;
- 2) d.m. 17.6.2016 sugli onorari professionali;
 - 3) d.P.C.M. 10.8.2016 sulla cabina di regia; non sono stati sottoposti al parere del Consiglio di Stato;
 - 4) Linee guida n. 1/2016 sui servizi di ingegneria e Linee guida n. 2/2016 sui metodi per giudicare le offerte mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; Linee guide dell'ANAC n. 3/2016 sul RUP (aggiornate nel 2017);
 - 5) Linee guide dell'ANAC n. 4/2016 in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (aggiornate nel 2017 e, da ultimo, nel marzo 2018);
 - 6) Linee guide dell'ANAC n. 5/2016, relative ai criteri di scelta dei commissari di gara e all'iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici;
 - 7) Linee guide dell'ANAC n. 6/2016 sull'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), codice (aggiornate nel 2017);
 - 8) Linee Guida n. 7/2017 per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016;
 - 9) Linee Guida n. 8/2017 - Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili;
 - 10) Linee guida n. 9/2018 - Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato;
 - 11) d.m. del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 10.11.2016 n. 248 sulle opere super specialistiche ex art. 89, c. 11;
 - 12) d.m. del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 2.12.2016 (in GURI 25.1.2017), recante "Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli artt. 70, 71 e 98 codice";
 - 12) d.m. del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 2.12.2016 n. 263 (in GURI 13.2.2017), recante "Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee", ex art. 24, c. 2 e 5, codice;
 - 13) d.m. Infrastrutture 7 marzo 2018, n. 49 (in GURI del 15.5.2018) che regola le funzioni del direttore dei lavori e del DEC. Dalla sua entrata in vigore, 30 maggio, gli artt. dal 178 al 210 del d.P.R. n. 207/2010 sono abrogati. Sono stati adottati anche alcuni atti attuativi non espressamente nominati dal codice e sono in dirittura d'arrivo altri atti attuativi:
 - il d.m. del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sui livelli della progettazione ex art. 23;
 - il d.m. del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sui contenuti degli atti di programmazione di lavori, servizi e forniture ex art. 21;
 - il d.m. del Ministro dei beni culturali e ambientali per i lavori relativi a beni culturali ex artt. 146 e 147;
 - il d.m. del Ministro dello sviluppo economico sul servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto;
 - il d.m. del Ministro degli affari esteri recante le direttive generali per i contratti all'estero.
 Il Consiglio di Stato ha dato il suo contributo alla fase di implementazione della riforma, mediante i pareri sugli atti attuativi ad esso sottoposti. In un'ottica di leale collaborazione, in tali pareri il Consiglio di Stato ha anche segnalato al Governo le criticità del codice, meritevoli di correzione. I pareri del Consiglio di Stato, oltre a quello sullo schema di codice 1.4.2016 n. 855, sono i seguenti:
 - 1) parere Comm. spec., 2.8.2016 n. 1767 reso sulle linee guida dell'ANAC concernenti il RUP, l'offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura e di ingegneria;
 - 2) Id., 13.9.2016 n. 1903 reso sulle linee guida dell'ANAC in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria;
 - 3) Id., 14.9.2016 n. 1919, reso sulle linee guida dell'ANAC relative ai criteri di scelta dei commissari di gara e all'iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici;
 - 4) Id., 14.9.2016 n. 1920, reso sullo schema di regolamento redatto dall'ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso, ai sensi dell'art. 211 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

- 5) Cons. St., sez. affari normativi, 20.10.2016 n. 2189 sullo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti recante l'individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'art. 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- 6) Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 3.11.2016 n. 2282, sullo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di approvazione delle linee guida sul Direttore dei lavori e sul Direttore dell'esecuzione (art. 111, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50);
- 7) Id., parere interlocutorio 3.11.2016 n. 2284, sulle linee guida ANAC relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili (art. 63, comma 2, lett. b) 3, lett. b, e 5, d.lgs. n. 50/2016);
- 8) Id., 3.11.2016 n. 2285, sullo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti recante "definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'art. 24, commi 2 e 4, d.lgs. 18.4.2016, n. 50";
- 9) Id., 3.11.2016 n. 2286 sullo schema di linee guida redatte dall'ANAC sull'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), codice;
- 10) Id., 28.12.2016 n. 2777 sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213, codice;
- 11) Id., parere interlocutorio 10.1.2017 n. 22 sullo schema di decreto sulla definizione dei contenuti della progettazione in materia



- di lavori pubblici nei tre livelli progettuali, ai sensi dell'art. 23, comma 3, d.lgs. 18.4.2016, n. 50;
- 12) Id., 30.1.2017 n. 263 sullo schema di decreto interministeriale relativo agli appalti per i beni culturali ex artt. 146 codice;
 - 13) Id., 1.2.2017 n. 282, sulle linee guida dell'ANAC sull'albo delle società in house ex art. 192 codice;
 - 14) Id., 3.2. 2017 n. 287 sullo schema di regolamento relativo ai servizi sostitutivi di mensa (c.d. buoni pasto);
 - 15) Id., 13.2.2017 n. 351 sullo schema del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti concernente la programmazione triennale dei lavori pubblici e il programma biennale per servizi e forniture ex art. 21, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016;
 - 16) Id. 29.3.2017 n. 775, sulle linee guida ANAC sui PPPC.

Criticità

Il ritardo nell'emanazione degli atti previsti dal codice è il primo elemento di criticità delle nuove regole, atteso che si sta dilatando oltre ogni ragionevole limite la disciplina transitoria e, di fatto, il nuovo codice, con tutte le novità che erano state pubblicizzate, non è mai entrato in vigore.

Ci si riferisce innanzitutto alla qualificazione delle stazioni appaltanti ed all'Albo dei Commissari di gara. Si tratta di due temi strategici sui quali il legislatore aveva puntato per garantire un più elevato livello di professionalità delle stazioni appaltanti ed una maggiore trasparenza nelle gare con la scelta dei commissari delegata all'Anac. In realtà a due anni dall'entrata in vigore del codice non è neppure ipotizzabile l'avvio della qualificazione e l'attuazione dell'Albo dei Commissari.

Ma il nuovo codice non è solo questo. È anche un insieme di regole che stanno di fat-



to ingessando le pubbliche amministrazioni che non riescono a bandire gare ma soprattutto a realizzare lavori.

Ci si riferisce in particolare:

- 1) alle difficoltà di affidare gli appalti di piccolo importo.

Come è noto l'articolo 36 prevede il ricorso alla procedura negoziata ma, di fatto, quest'ultima, a leggere la luce guida dell'Anac, è divenuta più complessa di una vera e propria gara e non consente alle stazioni appaltanti di poter rapidamente affidare lavori anche quando l'urgenza lo richiederebbe.

- 2) alla complessità del metodo di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa che per gli appalti di importo più elevato ha preso il posto del massimo ribasso. Si tratta di un sistema che assegna grande discrezionalità ai commissari di gara che, spesso, non sono capaci o non vogliono

esercitarla. Allo stato, in assenza dell'Albo dei Commissari, questo metodo sta diventando un problema più che una soluzione ed in certi casi rischia di diventare un elemento che accresce la corruzione invece di eliminarla.

- 3) al venir meno dell'appalto integrato, anche se affievolito dal correttivo, che ha tolto alle stazioni appaltanti la possibilità di bandire gare pur non disponendo di un progetto esecutivo. Tale circostanza ha fortemente rallentato, in questi ultimi due anni la realizzazione di opere pubbliche;
- 4) alle preoccupazioni dei pubblici funzionari rispetto ad un codice che sembra orientato più sul punire che non sul fare. Si pensi al regime delle responsabilità di chi opera nel pubblico ed ha il compito di bandire una gara o gestire un contratto. Il codice sul punto ha fortemente accresciuto il regime sanzionatorio assegnando all'Anac poteri ispettivi molto penetranti ed incisivi che, spesso, scoraggiano l'assunzione di provvedimenti anche quando si tratta di atti assolutamente legittimi e necessari. È il caso delle varianti in corso d'opera che non vengono approvate neppure in presenza di imprevisti e/o sorprese effettivamente esistenti per la preoccupazione che le circostanze che le legittimerebbero non vengano riconosciute come tali in sede di controllo.
- 5) alle difficoltà di lettura delle nuove norme che, indubbiamente, sono state scritte in modo disorganico e affrettato. Ne è testimonianza il fatto che a pochi mesi dall'entrata in vigore del codice si è dovuto pubblicare un primo correttivo, per i tanti errori grammaticali che la prima stesura aveva accumulato.
- 6) Alla presenza di regole che appaiono fortemente punitive del mondo delle imprese. Si pensi alle cause di esclusione dalle gare. Oggi è sufficiente l'applicazione di una penale per essere esclusi da una gara. Si pensi ancora alla disciplina del subappalto fortemente criticata a livello europeo che, di fatto, penalizza le imprese italiane sottoponendole a vincoli formali defatiganti ed ingiustificati. Addirittura il correttivo ha previsto che chi ha partecipato alla gara non può poi, se non è risultato aggiudicatario, subappaltare parte di quel lavoro. Si parte, in altri termini, dal presupposto che chi ha partecipato alla gara ha certamente commesso un reato di turbativa d'asta e quindi va preventivamente punito non consentendogli di operare in subappalto. Tale norma sta di fatto impedendo alle piccole imprese di partecipare alle gare d'appalto alle quali



potrebbero, seppure aggregandosi con altre, partecipare. E ciò in contrasto con il principio della libera partecipazione che dovrebbe essere alla base dell'evidenza pubblica. Ma sempre sul subappalto, si pensi alle difficoltà di indicare in gara, 3 subappaltatori per ogni categoria che si intenda subappaltare. La norma, oltre che incomprensibile nella ratio è anche fonte di enormi difficoltà organizzative dovendo l'impresa in sede di gara ipotizzare la presenza di soggetti che, poi, a distanza di anni potrebbero non essere più interessati ad assumere in subappalto quei lavori.

- 7) alla complessità delle regole fissate per il partenariato pubblico privato e per il finanziamento privato di opere pubbliche (ivi compreso il project financing). Da quanto è entrato in vigore il codice il ricorso a tali istituti è stato fortemente ridimensionato.
- 8) allo stesso ruolo dell'Ance, così come individuato dal codice che, appare sovradimensionato rispetto all'organico di tale Autorità. Non si può pretendere che l'Anac si occupi di tutte le fasi dell'appalto e non solo senza dargli gli strumenti per operare. Emblematico è, sul punto, il ruolo che potrebbe avere nel disegno del codice il c.d. precontenzioso. Effettivamente poter contare in sede di gara sul parere dell'ANAC risolverebbe molti dubbi alle stazioni appalti. Ma per ottenere un tale risultato occorrerebbe che i pareri fossero tempestivi. Cosa che allo stato attuale è impossibile se non si dà all'ANAC la possibilità di organizzare opportunamente un'attività così nevralgica per pervenire il più rapidamente possibile all'avvio di un cantiere senza il blocco che, inevitabilmente, si determina a seguito di un ricorso giurisdizionale.
- 9) Non va poi sottaciuta l'incertezza provocata dall'abrogazione "a pezzi" del vecchio codice che crea difficoltà interpretativa per gli operatori non sempre consapevoli di quali sia la norma vigente.
- 10) Va, inoltre, evidenziato che la fase dell'esecuzione è stata totalmente e colpevolmente delegata alla soft law. Tale circostanza, in assenza di un regolamento, pone gli operatori nell'incertezza su quale sia la fonte normativa cui attingere le regole di volta in volta applicabili e ciò è ancor più evidente se si considera che le linee guida nel tempo subiscono modifiche che non sempre gli operatori sono in grado di conoscere tempestivamente.

Quel che precede è, soltanto una piccola parte delle criticità che il nuovo codice ci propone. A mio giudizio la soluzione più appropriata per

uscire dall'impasse, potrebbe essere quella di abrogarlo, riscrivendolo per intero in aderenza alle direttive comunitarie, senza ovviamente snaturare la lotta alla corruzione che è, e deve rimanere, l'obiettivo primario della contrattualistica pubblica.

Focus sulle procedure di scelta nelle Direttive Europee del 2014.

Procedura aperta

Ai sensi dell'art. 27 della Direttiva, la procedura aperta comporta la possibilità per qualsiasi operatore economico interessato di presentare un'offerta in risposta ad un avviso di indizione di gara.

L'impatto della nuova direttiva si registra, non tanto rispetto al vigente art. 55, bensì relativamente all'art. 70 del Codice in ordine alla definizione dei termini minimi per la ricezione delle offerte. Infatti, va registrata la totale modificazione di tutti i termini utili per il ricevimento delle proposte nonché delle relative ipotesi derogatorie.

In primo luogo, infatti, per la specifica procedura di aggiudicazione di che trattasi il legislatore comunitario ha notevolmente ridotto i termini di



presentazione delle offerte da 52 a 35 giorni dalla data di trasmissione del bando. Inoltre, è ridotta da 22 a 15 giorni l'ipotesi in cui le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione non utilizzato ai fini dell'indizione di una gara.

Ulteriore ipotesi di riduzione del termine minimo è prevista qualora la stazione appaltante accetti la presentazione delle offerte mediante procedure elettroniche, in tal caso il termine si vede ridotto di 5 giorni rispetto a quello ordinariamente previsto.

Non figurano, inoltre, nell'attuale direttiva le ipotesi di riduzione dei termini nel caso di trasmissione e redazione dei bandi di gara per via elettronica, ovvero nell'ipotesi in cui la stazione appaltante offra l'accesso libero diretto e completo per il tramite di procedure elettroniche al capitolato e a tutta la documentazione ad esso complementare. È stato correttamente ritenuto che la *ratio* sottesa alla mancata riproposizione della suddetta disposizione vada rinvenuta proprio nella trasformazione delle procedure elettroniche da mezzo eccezionale a strumento ordinario di comunicazione. Ulteriore elemento di novità va ravvisato, poi, nell'estensione alle ipotesi di procedura aperta della possibilità di fissare un termine ridotto non inferiore a 15 giorni per

motivazioni di urgenza, purché supportati dalle relative motivazioni (a legislazione vigente, invece, tale possibilità è limitata ai soli casi di procedure ristrette e procedure negoziate previa pubblicazione del bando di gara).

Procedura ristretta

Per quanto attiene alla forma dell'avviso di preinformazione e del bando di gara, la norma rinvia all'allegato VI parti b) e c) che contiene indicazioni parzialmente difformi rispetto ai corrispondenti allegati di cui alla direttiva 18; si pensi, a titolo esemplificativo, all'espresso riferimento ai documenti in formato elettronico.

Anche i termini di presentazione delle offerte e delle richieste di invito vengono ridotti rispetto a quelli previsti all'art. 38 della direttiva 18: ai sensi dell'art. 70 del Codice il termine per la ricezione delle domande di partecipazione è pari a 37 gg., mentre la nuova direttiva fissa un termine minimo di gg. 30 a decorrere dalla data di pubblicazione del bando o dell'avviso di preinformazione; inoltre, il termine di ricezione delle offerte si riduce da gg. 40 – ai sensi dell'art. 70 comma 4 del Codice – a giorni 30.

Va inoltre, segnalato che nell'attuale assetto codicistico manca una disposizione analoga a quella di cui all'art. 28 comma 4 della Direttiva che prescrive la possibilità per gli Stati membri di autorizzare specifiche categorie di amministrazioni locali a predisporre, di concerto con i singoli operatori economici e per specifiche procedure di aggiudicazione, i termini per la presentazione delle offerte, a condizione che il termine minimo non sia inferiore a 10 gg. dalla data dell'invito a presentare l'offerta.

Manca, invece, nella novella direttiva il riferimento alla possibilità di prorogare detti termini quando il capitolato d'onere e i documenti o le informazioni complementari non siano stati forniti entro i termini, ovvero qualora le offerte siano subordinate ad una visita dei luoghi o alla previa consultazione in loco della documentazione allegata al capitolato.

Procedura competitiva con negoziazione

Posto che, come anticipato, i presupposti relativi al ricorso a tale procedura sono stati individuati da parte del legislatore comunitario all'art. 26, la disposizione in commento descrive le norme e i procedimenti in modo molto più dettagliato rispetto all'attuale assetto normativo, in una prospettiva volta ad offrire maggiori garanzie di tutela e trasparenza nei confronti degli aspiranti aggiudicatari.

Di talché, il ricorso alle forme di negoziazione subirà un considerevole incremento. Sotto quest'ultimo profilo rileva la lettura del considerando n. 42 ai sensi del quale *“è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici disponga-*



no di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione"; riscontrando inoltre che, sulla base di un'attenta analisi di mercato, gli appalti aggiudicati mediante tale procedura godono di un particolare successo soprattutto con riferimento agli affidamenti transfrontalieri. Il legislatore comunitario, poi, nel successivo considerando n. 45 sottolinea che *"la procedura competitiva con negoziazione dovrebbe essere accompagnata da adeguate misure di salvaguardia garantendo l'osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. È in particolare opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici indichino preventivamente i requisiti minimi che caratterizzano la natura dell'appalto e che non dovrebbero essere modificati nel corso delle negoziazioni. Per garantire parità di trattamento a tutti gli operatori economici i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione devono mantenersi stabili lungo l'intera procedura e non essere oggetto di negoziazione"*.

Il procedimento di cui all'articolo in commento, sostituendosi all'attuale procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara, comporta la necessaria modificazione dell'attuale assetto normativo, soprattutto con riferimento ai seguenti profili:

Grava in capo alle amministrazioni aggiudicatrici l'onere di predisporre una completa descrizione del quadro esigenziale appaltato, definendo e delimitando nei suoi contenuti minimi l'oggetto dell'affidamento e le specifiche caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture che si intendono affidare mediante la procedura competitiva con negoziazione. Sulla base di un'interpretazione autentica dettata dal legislatore comunitario al considerando n.45, per "requisiti minimi" si intendono "le condizioni e le caratteristiche (soprattutto fisiche, funzionali e giuridiche) che ogni offerta deve soddisfare o possedere per permettere all'amministrazione aggiudicatrice di aggiudicare l'appalto in base ai criteri prescelti".

Per quanto concerne i termini per l'invio della richiesta di partecipazione è previsto un termine di 30 giorni, e come sempre nel termine di 30 gg., gli operatori sono tenuti a trasmettere l'offerta iniziale.

Nell'ambito dei propri poteri discrezionali le amministrazioni hanno la facoltà di ridurre il numero dei soggetti da invitare alle negoziazioni. Le informazioni fornite dalle stazioni appaltanti in ordine alla specifica delimitazione dell'oggetto dell'affidamento devono, inoltre, consentire agli operatori economici eventualmente interessati di comprendere la natura e lo scopo del contratto affinché possano parametrare le relative offerte alle esigenze della stazione appaltante.

Di conseguenza i requisiti minimi dell'affidamento, nonché i criteri di aggiudicazione prescelti dalle amministrazioni aggiudicatrici, non possono essere oggetto di negoziazione.

L'amministrazione ha la facoltà di procedere alla aggiudicazione del contratto sulla base delle offerte iniziali (senza procedere alla fase negoziale), purché tale facoltà sia espressamente indicata nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse.

La divulgazione delle informazioni riservate contenute nelle offerte è subordinata all'assenso dell'operatore economico interessato.

Le stazioni appaltanti qualora intendano concludere la fase negoziale della procedura devono indicare il termine finale entro il quale gli aspiranti aggiudicatari sono tenuti ad inviare l'offerta definitiva.

Pertanto, in via generale, dall'elencazione di cui sopra è possibile dedurre che, se da un lato viene notevolmente incrementata la discrezionalità delle committenze nel condurre le negoziazioni, dall'altro lato, la comprensibilità delle informazioni fornite agli operatori, nonché la previsione dell'immodificabilità dei parametri minimi su cui fondare le offerte, arginano i rischi connessi ad un tale incremento dei poteri amministrativi.

Dialogo competitivo

Innanzitutto, per quanto concerne i presupposti cui è subordinato il ricorso a tale procedura di scelta del contraente, il legislatore comunitario non fa più esclusivo riferimento alla "particolare complessità dell'appalto", bensì accompagna tale requisito con ulteriori presupposti: il fatto che la necessità di una fase negoziale derivi dalle specifiche circostanze concernenti la natura dell'appalto; l'esigenza di stabilire un'adeguata impostazione finanziaria o giuridica del progetto; l'impossibilità di definire, senza una previa negoziazione, le specifiche tecniche con sufficiente precisione.

Ai sensi del considerando n. 42 della citata direttiva il ricorso al dialogo competitivo è, inoltre, espressamente "raccomandato" tutte le volte in cui l'utilizzazione di procedure aperte o ristrette non possa portare a risultati effettivamente soddisfacenti per l'amministrazione.

Il codice attualmente vigente ancora il ricorso al dialogo competitivo solo ad un limitato numero di ipotesi rispetto a quanto emerge dalla lettura della direttiva, circoscrivendole ai casi di incapacità di definire le specifiche tecniche idonee alla soddisfazione degli obiettivi; all'incapacità oggettiva di specificare l'impostazione finanziaria e giuridica del progetto e al caso in cui le circostanze concrete incidano sulla effettiva identificazione dei bisogni o dei mezzi cui la stazione appaltante può ricorrere per la

soddisfazione delle proprie esigenze. Pertanto a tali ipotesi vanno aggiunte le seguenti voci:

- la negoziazione sia necessitata da specifiche circostanze direttamente connesse alla natura dell'appalto;
- la presenza di rischi connessi all'impostazione legale o finanziaria del contratto;
- l'ipotesi in cui tutte le offerte presentate siano irregolari o inammissibili;
- nel caso di appalti di lavori che implicano il ricorso a meccanismi progettuali innovativi;
- nei casi in cui il quadro esigenziale delle amministrazioni non siano adeguatamente soddisfatti senza un adattamento di soluzioni facilmente disponibili.

Per quanto attiene, invece, al procedimento vero e proprio si segnalano le seguenti novità: 1. al paragrafo 7 dell'articolo si precisa che "su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice possono essere condotte negoziazioni con l'offerente che risulta aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità prezzo conformemente all'art. 67, al fine di confermare gli impegni finanziari o altri termini contenuti nell'offerta attraverso il completamento dei termini del contratto", purché ciò non implichi la modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, nonché i requisiti fissati dall'amministrazione nel bando di gara; 2. il bando di gara deve contenere, oltre ai criteri di aggiudicazione adottati, anche il lasso di tempo indicativo per lo svolgimento delle negoziazioni; 3. non essendo riproposto l'inciso "se del caso" di cui al comma 10 dell'art. 59 del codice ne consegue che il confronto tra le offerte e la prosecuzione del dialogo fino all'individuazione delle soluzioni più idonee

a soddisfare le esigenze delle amministrazioni non sia più eventuale bensì sempre presente.

Partenariato per l'innovazione

L'articolo 31 della direttiva introduce un istituto largamente innovativo nell'assetto normativo vigente. Infatti, tale procedura di scelta del contraente rinviene il suo precedente nei cd. appalti precommerciali previsti dalla comunicazione della Commissione europea 799 del 2007 intitolata "appalti precommerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa". Rispetto alla citata comunicazione, però, l'istituto del partenariato per l'innovazione presenta importanti novità: 1. estensione dell'istituto agli appalti di lavori; 2. l'applicazione quale specifico criterio di selezione del contraente anche nei settori ordinari; 3. l'indicazione analiticamente dettagliata delle procedure funzionali all'individuazione della migliore offerta; 4. l'istituto viene ancorato al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'innovazione rappresenta uno dei *leit motiv* che ha ispirato l'intervento riformistico del legislatore comunitario in materia di appalti e concessioni, e viene puntualmente definita dal considerando n. 22 come "attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o significativamente migliorato, tra cui, ma non solo, i processi di produzione, di edificazione o di costruzione, un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne, tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una



crescita intelligente, sostenibile e inclusiva

La previsione in esame si inserisce, pertanto, nel solco di quella tendenza che vede nelle procedure concorsuali e nel corrispondente regime ad evidenza pubblica, uno strumento idoneo alla realizzazione di un mercato non solo competitivo e concorrenziale, bensì anche compatibile con quei valori ambientali e sociali che lo presuppongono; in questo senso, l'innovazione, come anche l'ampliamento delle varianti in fase di aggiudicazione o, ancora, l'incremento delle ipotesi di negoziazione per la scelta del contraente, rappresentano tutti istituti e moduli procedimentali funzionali allo stimolo delle menti e al dinamismo del mercato verso la realizzazione di soluzioni più innovative e maggiormente compatibili con gli altri valori coinvolti nell'economica di mercato, che solo allora diventa "sociale". In via generale, la finalità e la *ratio* dell'istituto vanno rinvenute nello sviluppo di un lavoro o di un servizio innovativo e al relativo acquisto in base a prestazioni concordate e prezzi massimi.

Sotto il profilo procedimentale si segnalano i seguenti passaggi:

Le stazioni appaltanti nella pubblicazione dei bandi di gara fissano in via preliminare i requisiti minimi inderogabili che i partecipanti devono soddisfare; la fase di prequalifica può coinvolgere qualunque offerente il quale è tenuto a presentare la relativa domanda di partecipazione contenente tutte le informazioni necessarie per la selezione qualitativa degli offerenti; sotto tale profilo le amministrazioni sono tenute a stabilire, in via preliminare i criteri in ordine alla capacità dei candidati nei settori della ricerca, dello sviluppo e della realizzazione di soluzioni innovative. Al termine della fase di pre-qualifica soltanto coloro che hanno ricevuto l'invito dall'amministrazione appaltante potranno presentare progetti di ricerca e di innovazione volti a soddisfare le esigenze della committenza mediante "soluzioni non disponibili sul mercato". È importante, però, che le informazioni fornite dalle amministrazioni siano ben delineate in ordine ai requisiti e alle esigenze da soddisfare. Per la presentazione delle domande di partecipazione è previsto un termine di 30 giorni.

È data facoltà alle stazioni appaltanti di decidere se costituire il partenariato con un solo candidato o con più partner, mantenendo, però, separate le attività di ricerca da quelle di sviluppo; è, inoltre, nella disponibilità delle amministrazioni la limitazione del numero delle candidature.

Per quanto concerne, poi, il criterio di aggiudicazione utilizzato, si prescrive l'uso esclusivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 67 della direttiva sui settori ordina-

In via generale, tale procedura di scelta del contraente va strutturata sulla base di fasi successive e consequenziali; è infatti necessario che le amministrazioni fissino gli obiettivi intermedi che gli aspiranti aggiudicatari sono tenuti a raggiungere. È inoltre data la facoltà alle stazioni appaltanti di suddividere il pagamento del corrispettivo in modo proporzionale allo svolgimento delle diverse fasi intervenute nel corso della procedura; quindi, sulla base delle risultanze di ogni singola fase, è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione competente la facoltà di risolvere o rescindere il rapporto convenzionale, ovvero, nell'ipotesi in cui il partenariato sia realizzato mediante molteplici partner, la possibilità di ridurre il numero. Ai fini dell'esercizio di tale potere discrezionale è però necessario che già nel bando di gara figurino i criteri e le condizioni in base alle quali la stazione appaltante può legittimamente esercitare tale facoltà.

Per quanto concerne i limiti all'utilizzazione di tale procedura di scelta del contraente si segnalano i seguenti punti:

- La negoziazione delle soluzioni innovative è limitata alle offerte iniziali e a quelle intermedie non potendo altresì estendersi anche a quelle finali.
- I termini minimi fissati nel bando dalle committenze non possono essere oggetto di negoziazione, affinché venga garantita la parità di trattamento tra tutti gli aspiranti partner.
- Le amministrazioni sono tenute a fornire in modo non discriminatorio le eventuali informazioni attinenti alle varie soluzioni progettuali: così, ad esempio, le possibili modifiche delle specifiche tecniche contenute nel bando di gara – purché non incidenti sui requisiti minimi non negoziabili – devono essere comunicate per iscritto a tutti i partecipanti.
- Sulla base del disposto di cui all'art. 21 della direttiva le amministrazioni aggiudicatrici non possono divulgare agli altri partecipanti le informazioni riservate senza il previo assenso dell'interessato. Tale consenso deve essere specificamente individuato con riferimento ad informazioni puntualmente individuate.

Le amministrazioni sono inoltre tenute alla previa definizione del regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale.

Il partenariato è inoltre subordinato ad una preventiva stima in ordine alla durata e al valore delle diverse fasi coinvolte nel procedimento, affinché tali parametri risultino proporzionati al grado di innovazione e agli investimenti necessari alla realizzazione delle soluzioni proposte.

Si registra, infine, che nella stesura definitiva

dell'articolato viene meno il riferimento al mancato ostacolo alla libera concorrenza che, invece, figurava nei seguenti termini nella precedente versione: *“le amministrazioni aggiudicatrici non possono ricorrere a partenariati innovativi in modo da ostacolare, limitare, o distorcere la concorrenza”*.

Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara

Ai sensi del considerando n. 50 della direttiva sui settori ordinari *“Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. (...) L'esclusività può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione (...)”*.

Rispetto al ricorso a tale procedura di selezione del contraente si registrano parziali novità:

- Per quanto concerne la prima ipotesi, relativa al caso di mancata presentazione di offerte appropriate, è stata introdotta una definizione specifica in ordine all'“appropriatezza” dell'offerta: *“un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è quindi manifestamente inadeguata (...) a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara.”*
- Relativamente alla seconda ipotesi di utilizzo della procedura *de qua* si registra una parziale modificazione in ordine alle circostanze idonee a soddisfare il requisito concernente le ragioni per le quali i lavori, i servizi e le forniture possono essere affidati unicamente ad un solo operatore economico: i) *“lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; ii) la concorrenza è assente per motivi tecnici; iii) tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale”*. Per quanto concerne in particolare le ipotesi di cui ai punti ii) e iii) la norma ne restringe ulteriormente l'ambito di applicazione specificando che la relativa applicabilità è subordinata all'assen-

za di “sostituti” o comunque di “alternative ragionevoli” e al fatto che la mancanza di un regime concorrenziale non derivi da una “limitazione artificiale” dei parametri dell'appalto.

- Altro profilo di novità va riscontrato nella espunzione dal testo della nuova direttiva del riferimento ai lavori e ai servizi complementari¹, mentre è stata riproposta quella relativa ai nuovi lavori e servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi.
- Va inoltre segnalata la novità contenuta all'art. 72 della nuova direttiva in ordine alla “modifica dei contratti durante il periodo di validità”: in proposito, infatti, ai sensi del comma 1 lett. b del suddetto articolo le convenzioni eventualmente aggiudicate possono essere modificate senza il ricorso ad una nuova procedura di gara qualora si tratti di lavori di servizi o di forniture supplementari da parte del contraente originale che, essendosi resi necessari nel corso di validità del rapporto negoziale, non erano stati inclusi nell'appalto iniziale e qualora un cambiamento del contraente: 1. risulti non praticabile per ragioni economiche o tecniche (rispetto dei requisiti di intercambiabilità o inoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; 2. comporti per la Committente notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi legati alla realizzazione dell'appalto.

Pur tuttavia, anche al ricorrere di tali circostanze, l'eventuale aumento di prezzo non può essere superiore al 50% del valore del contratto originario. Il computo di tale percentuale viene valutato sulla base dell'entità di ciascuna modifica. Pertanto dal combinato disposto tra gli articoli 32 e 72 della nuova direttiva si registra una duplicazione del regime giuridico applicabile: da un lato, per quanto riguarda i lavori e servizi (con esclusione delle forniture) analoghi ex art. 32 sono ammessi solo se previsti sin dall'origine nel progetto posto a base di gara, dall'altro lato, invece, per i lavori, i servizi e le forniture complementari di cui all'art. 72 è possibile il ricorso alla procedura negoziata senza bando qualora ricorrano le condizioni stabilite al sopra citato art. 72, comma 1, lett. b).

Note

- ¹ Diversamente, nell'ipotesi di appalto di forniture è stato ammesso il ricorso a tale procedura di scelta del contraente nel caso di *“consegne complementari”*.