



50-3-2016

Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Ill.mo sig. Presidente, Sigg. Componenti
Commissione Lavori pubblici – Senato della Repubblica

Ill.mo sig. Presidente, Sigg. componenti
Commissione ambiente – Camera dei deputati

Facendo seguito all'audizione del 17 marzo u.s ed alla richiesta avanzata, a margine della medesima, di compendiare quanto detto in una traccia scritta, trasmetto una breve relazione che ripercorre sostanzialmente il contenuto dell'audizione medesima.

In primo luogo, ritengo necessario esprimere un doveroso e sincero ringraziamento a chi ha reso possibile la prima stesura di quella che considero una piccola "rivoluzione copernicana" nella materia degli appalti in Italia, ovvero alla Commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio e presieduta dall'avv. Antonella Manzione, di cui fanno parte anche appartenenti ad altre amministrazioni (in primis il Ministero delle infrastrutture e la stessa ANAC) e molti esponenti del mondo accademico e delle professioni.

Al Presidente ed ai componenti tutti della predetta Commissione va riconosciuto il merito di aver predisposto, in tempi davvero brevissimi, un testo, poi esaminato ed approvato dal Consiglio dei Ministri, completo ed esaustivo, rispettoso delle indicazioni che venivano dalle direttive comunitarie e dalla legge delega, e che merita sostanziale condivisione.

Il giudizio del Consiglio dell'ANAC e mio personale sul provvedimento su cui andrà dato il parere da parte delle Commissioni è certamente positivo: credo, infatti, che la gran parte degli obiettivi prefissi fin dall'avvio del lavoro parlamentare e tradotti nei criteri direttivi della delega siano stati raggiunti.

Il provvedimento attuale è già molto più agile e snello rispetto al passato (si passa dai 616 articoli fra codice e regolamento a soli 219), contiene tante innovazioni, raccoglie con precisione le indicazioni delle direttive comunitarie, calandole in maniera intelligente, nelle peculiarità della situazione italiana.

Introduce - raccogliendo così gli input sovranazionali - una maggiore discrezionalità della PA ed una maggiore semplificazione delle procedure, accompagnando questi tratti con una decisa virata verso una ancora più ampia trasparenza ed un rafforzamento dei poteri di vigilanza e controllo attribuiti soprattutto, ma non certo esclusivamente, all'ANAC.

A mero titolo indicativo, mi preme sottolineare positivamente l'introduzione del cd partenariato per l'innovazione e del dibattito pubblico, esperienza che, soprattutto per le grandi opere con significativo impatto ambientale, ha dato ottimi risultati all'estero; l'abbandono quasi totale del criterio del massimo ribasso; la riduzione delle stazioni appaltanti, non attraverso un semplice "taglio lineare" ma prevedendo l'obbligatorietà del ricorso alle centrali di committenza per alcuni enti e contratti e precise regole di qualificazione delle stazioni appaltanti medesime: quest'ultima è un'assoluta novità che



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

consentirà alle sole amministrazioni in possesso del *know how* sufficiente a bandire le gare più significative.

Certamente la scelta più coraggiosa, in linea con le esperienze positive di altri ordinamenti, è quella di puntare moltissimo su un livello di regolazione secondaria, effettuato attraverso sistemi di *cd soft law*, in gran parte affidati proprio all'ANAC. Un tipo di regolazione certo non nuova, ma che riceve oggi una sua formale istituzionalizzazione ed il riconoscimento del ruolo centrale per il destino del nuovo testo del codice.

E' un sistema che si giova di un'esperienza positiva già maturata nella AVCP, confluita nell'ANAC in virtù del d.l. n. 90/2014, e che consentirà sicuramente una regolazione più duttile, idonea a rappresentare un riferimento significativo per gli operatori del settore, anche perchè adottata attraverso il confronto con gli *stakeholder*.

Doveroso qui un cenno al ruolo dell'ANAC nel decreto legge. Constato con grande soddisfazione (ma anche con uguale preoccupazione) il riconoscimento da parte del legislatore all'Autorità che ho l'onore di presiedere: l'acronimo "ANAC" è quello fra i più diffusi ed utilizzati nello schema di codice ed è ripetuto, se ho fatto bene i conti, 86 volte!

Proprio perché i poteri e le funzioni dell'ANAC sono stati fra gli argomenti maggiormente all'attenzione del dibattito non solo parlamentare ma anche dottrinario, approfitto dell'audizione per riaffermare con forza che l'intera struttura dell'Autorità si sta apprestando a raccogliere questa sfida, mettendo in campo tutte le possibili risorse.

Gli uffici, che hanno maturato da anni competenze specialistiche nel settore, stanno già lavorando alla predisposizione delle linee guida, che si proverà a varare in tempi compatibili all'entrata in vigore del codice.

Proprio per far fronte alle incombenze delle linee guida, il Consiglio dell'Autorità ha istituito una Commissione di studio, aperta anche agli esterni e che vede la partecipazione di magistrati, avvocati, accademici, che potrà fornire un contributo altamente specialistico per questa forma di regolazione.

In questa prospettiva, e con l'impegno di predisporre comunque al più presto tutte le linee guida, si chiede oggi alle commissioni di segnalare al Governo l'opportunità di prevedere una norma transitoria che consenta un brevissimo periodo di permanenza in vita dell'attuale regolamento, in modo che l'adozione delle linee guida avvenga quando il testo definitivo sarà adottato da parte del Consiglio dei Ministri ed in condizioni che essa sia preceduta da una esaustiva consultazione pubblica.

In relazione agli oneri che graveranno sempre più sull'Autorità, mi sia infine consentito un breve cenno ad un problema che è già stato posto all'attenzione anche dell'opinione pubblica: la necessità per l'Autorità di poter utilizzare le risorse che già ha (ma che non può spendere) per rafforzare, anche dal punto di vista del personale, la struttura, in attuazione di quanto previsto dal recente Piano di riordino approvato dalla Presidenza del Consiglio.

E' una preoccupazione che mi è stata prospettata pubblicamente e privatamente in più occasione e da più parti; a tale proposito vorrei tranquillizzare i componenti delle Commissioni, rappresentando di avere ricevuto personalmente dal Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, ampie rassicurazioni sul fatto



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

che il problema sarà al più presto risolto e l'ANAC sarà messa nelle condizioni di affrontare la sfida che le viene affidata.

Passando all'esame più in dettaglio del testo del decreto, in tutta franchezza, non credo sia utile soffermarsi sulle sole positività del testo all'esame del Parlamento: molto più produttivo indicarne le criticità, per una sana dialettica istituzionale finalizzata a poter effettuare gli interventi migliorativi dell'impianto normativo. Sottopongo alcune osservazioni alla vostra attenzione perché valutate se sia opportuno indicare correttivi al Consiglio dei Ministri in fase di approvazione definitiva.

La principale notazione riguarda la tecnica legislativa utilizzata in molti articoli del codice, quella cioè dei rinvii ad altri articoli; essa è certamente funzionale ad evitare di appesantire gli articoli medesimi, ma può creare problemi interpretativi anche e soprattutto in quei casi, in verità molto limitati, in cui i rinvii non appaiono del tutto precisi. Se fosse possibile, sarebbe quindi opportuno restringere i casi di rinvio.

Strettamente collegata a questa considerazione, attiro l'attenzione sulla scelta fatta con il provvedimento normativo all'esame delle Commissioni e che, pur apparendo pienamente condivisibile, potrebbe anch'essa essere foriera di problemi ermeneutici nella fase applicativa.

Il testo individua numerosissimi casi (sono ben oltre 50!) in cui gli istituti necessitano di disposizioni attuative da emanarsi soprattutto da parte del Ministero delle infrastrutture o dell'ANAC medesima, in alcuni casi anche di intesa e/o di concerto e/o su proposta e/o sentiti altri ministeri o organismi pubblici.

Sarebbe al riguardo opportuno prevedere per ognuno di questi provvedimenti attuativi un termine, sia pure non perentorio ma di incentivo ad intervenire tempestivamente; senza questi provvedimenti normativi di secondo livello o comunque regolatori, la comprensione di alcuni istituti rischia di essere monca.

E bisognerà, al di là della necessaria pubblicazione dei provvedimenti attuativi secondo le regole stabilite dalla legge, comunque raccomandare che siano compendati, quanto meno sotto forma di una sorta di testo unitario, in modo da consentire a tutti gli operatori del settore di conoscerli.

Sempre nell'ottica di criticare per costruire, di seguito l'indicazione di alcune criticità riferite prima agli istituti in generale del codice ed, infine, ai poteri e funzioni dell'ANAC.

ARTT. 3 (Definizioni) – 180 (Partenariato pubblico-privato) - L'art. 3 (definizioni), comma 1, lett. eee) fa riferimento alle sole "opere fredde"; manca qualsiasi riferimento alle concessioni e al partenariato istituzionale, presenti invece nel d.lgs. 163/2006 all'art. 3, comma 15-ter. All'art. 180 (partenariato pubblico-privato) vi è una definizione più precisa di partenariato che considera anche le "opere calde". La presenza di due definizioni, peraltro non del tutto coincidenti, per lo stesso oggetto potrebbe ingenerare rischi interpretativi; sarebbe, quindi, forse opportuno utilizzare anche nell'art.3 la definizione contenuta nel citato art. 180.

ART. 20 (Opera pubblica realizzata da parte del privato) - La norma introduce un'assoluta novità che non trova un riferimento diretto ed esplicito nei criteri direttivi della legge delega; contempla, infatti, l'inapplicabilità delle disposizioni del Codice al caso in cui una PA stipuli una convenzione con



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

un soggetto pubblico o privato che si impegni a realizzare, a sua totale cura e spesa, un'opera pubblica (o un suo lotto funzionale o dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici). La norma, potenzialmente di una sua concreta utilità, così come strutturata appare eccessivamente generica e non chiarisce la finalità che intende perseguire né, soprattutto le sue modalità attuative. Si rischia così l'estromissione dall'ambito di applicazione del Codice di opere pubbliche anche di importante impatto economico e sociale, nonché la creazione di una nuova ipotesi di general contractor. Sarebbe opportuno, quindi, se si vuole mantenere la norma nell'impianto definitivo del codice, prevedere con maggiore precisione gli ambiti della sua applicabilità e soprattutto che sia il privato medesimo (o soggetto fin dall'inizio da questo indicato) ad effettuare direttamente l'opera, sempre se in possesso delle necessarie qualificazioni per le singole lavorazioni. Se invece vi fosse un appalto delle opere a terzi, dovrebbero applicarsi le norme del codice dei contratti, analogamente a quanto previsto per i concessionari di opere pubbliche.

ART. 24 (Progettazione interna ed esterna delle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici) – La disposizione prevede al comma 2 un decreto del MIT, sentita l'ANAC, per indicare i requisiti soggettivi di chi può partecipare alla progettazione; al comma 5, poi, qualifica questo provvedimento come linee guida; sarebbe opportuno indicare anche nel comma 2 che il decreto contiene linee guida chiarendo, quindi, quale sia la natura di tale atto, di regolazione amministrativa e/o regolamentare.

ART. 30 (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni) - Nella disposizione, dedicata ai principi per l'aggiudicazione degli appalti, andrebbe opportunamente prevista una disciplina sulla scelta, con gara, del socio privato di società miste costituite per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, così come attualmente contemplata nell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 163/2006.

ART. 50 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi) - L'articolo disciplina l'inserimento, nei bandi di gara specialmente ad alta intensità di manodopera, di clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato e la salvaguardia delle professionalità. La norma lascia alle stazioni appaltanti, di fatto, un'ampia discrezionalità se inserire tali clausole o meno. La norma prevede, inoltre, al comma 3 che le stazioni appaltanti che prevedono clausole sociali ne danno comunicazione all'ANAC, che si pronuncia entro trenta giorni, decorsi i quali il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti. La disposizione –unica previsione del testo dedicata espressamente alle clausole sociali - non sembra dare piena attuazione alla legge delega l. 11/2016 che, alle lettere fff), ggg), iii), promuove la tutela occupazionale. Sembrerebbe opportuno, pertanto, introdurre una disciplina di maggior dettaglio in materia, al fine di dare piena attuazione ai principi della delega.

ART. 77 (Commissione di aggiudicazione) - L'articolo, dedicato alle modalità di nomina dei componenti delle commissioni di aggiudicazione – scelti tra esperti iscritti in apposito Albo presso l'ANAC - prevede, al comma 3, che la stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 o per i contratti che non presentano particolare complessità, nominare componenti interni alla stazione appaltante. Tale previsione sembra non essere



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

del tutto rispettosa del criterio di delega hh), che, nell'obiettivo della garanzia della massima trasparenza nelle nomine dei commissari non distingue, per la nomina dei commissari, tra appalti di valore superiore ed inferiore alle soglie inoltre il riferimento troppo generico agli appalti di "non particolare complessità" sembra consentire una ulteriore troppo ampia possibilità di derogare al principio. Sarebbe, invece, in questo senso opportuno individuare, con maggiore precisione, i casi in cui le stazioni appaltanti possano ricorrere, in tutto in parte, a componenti interni per le commissioni di gara. Così come si dirà anche in merito all'art.107, anche in questo caso nel comma 10 dell'articolo l'acronimo ANAC, normalmente usato nel testo, è sostituito dalla parola Autorità.

ART. 80 (Motivi di esclusione) - Nella disciplina prevista dall'articolo non è contemplata la disciplina antimafia (come misure di prevenzione anche definitivamente irrogate e non come mera pendenza) tra i requisiti di accesso alla gara; inoltre i commi 5, lett. c) e comma 13, delineano un sistema che lascia alle stazioni appaltanti la valutazione della sussistenza dei presupposti per l'esclusione in caso di "gravi comportamenti illeciti", introducendo un meccanismo eccessivamente elastico e discrezionale che potrebbe ingenerare problemi interpretativi ed anche un aumento del contenzioso. La norma, inoltre, andrebbe opportunamente coordinata con quanto previsto al comma 12 dello stesso art. 80, in tema di false dichiarazioni/documentazioni in gara ed iscrizione delle relative annotazioni nel Casellario informatico.

ART. 83 (Criteri di selezione e soccorso istruttorio) - Nel comma 9 è previsto il soccorso istruttorio *onerato*, istituto che sembrerebbe contrastare con quanto previsto nella lett. z) della delega e nella direttiva appalti; nel comma 5, inoltre, si prevede che per la dimostrazione dei requisiti di capacità economica finanziaria gli operatori economici devono indicare il fatturato annuo e non quello dell'ultimo triennio, così come previsto dal d.lgs. 163/2006, che può essere anche doppio rispetto all'importo a base di gara. E' una indicazione che può scoraggiare la partecipazione delle micro e piccole e medie imprese alle gare, in difformità alle previsioni ed alle finalità perseguite dalle direttive appalti e dai criteri di delega. Nel comma 10 poi sono due diverse disposizioni che si riferiscono all'ANAC; nel primo alinea si prevede che l'ANAC debba curare la gestione del sistema di penalità e premialità nei confronti delle imprese connesso a criteri reputazionali, conferendo quindi all'ANAC l'attribuzione di una sorta di rating; nell'art. 84 comma 4, lett b), però, si prevede che le SOA debbano attestare il rating di impresa fondato su indici qualitativi e quantitativi secondo criteri individuati da linee guida dell'ANAC; nell'art. 213 comma 7, infine, si stabilisce che l'ANAC collabori con l'Antitrust per il (diverso) rating di legalità. Sembra quindi, ad una prima lettura, che esistano tre diversi sistemi di qualificazione, i cui ambiti rischiano di sovrapporsi; sarebbe, quindi, il caso di chiarire chi rilascia il rating reputazionale e come, e quale rilievo dovrebbe avere (o non avere) il rating di legalità, rilasciato dall'Antitrust, rispetto agli appalti pubblici. La seconda parte del medesimo comma 10, poi, prevede che l'ANAC debba individuare le misure sanzionatorie amministrative per i casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria (?) di richieste estorsive. E' un alinea che rischia di apparire in contrasto con l'art. 1 della l. 689/81; se l'ANAC può certamente svolgere un'attività integrativa del precetto cui consegue una sanzione amministrativa, non sembra poter, però, determinare il precetto, poiché ciò sarebbe in contrasto con il principio di legalità e riserva di legge in materia di sanzioni amministrative. Sarebbe quindi opportuna la previsione espressa della sanzione applicabile.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

ART. 89 (Avvalimento) - L'articolo contiene una regolamentazione dell'istituto che opportunamente prova ad evitare che esso possa essere utilizzato in una funzione elusiva prevedendo criteri per l'utilizzo più stringenti e maggiori controlli da parte della stazione appaltante. L'obiettivo perseguito è altamente condivisibile ma il dettato della norma appare un po' confuso; ad esempio, i poteri di controllo della stazione appaltante (comma 3) vengono individuati attraverso la non chiara tecnica del rinvio e non si comprende bene cosa si intende indicare con l'aggettivo "pertinenti" per due volte ripetuto nel capoverso; al comma 11, secondo periodo, poi è contenuta una disposizione riferita alla disciplina delle categorie di qualificazione, che, quindi, andrebbe opportunamente spostata nell'art. 84 dedicato al sistema di qualificazione degli esecutori.

ART.102 (Controlli sull'esecuzione e collaudo) - La disposizione, dedicata ai controlli sull'esecuzione e al collaudo, non contempla una compiuta disciplina in tema di pagamenti dell'appaltatore, limitandosi a prevedere, al comma 8, che all'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, il RUP rilascia il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore. La previsione dovrebbe essere implementata con adeguata disciplina in materia.

ART. 104 (Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore) - La norma contiene la disciplina delle garanzie per l'esecuzione dei lavori di particolare valore (ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro), prevedendo la costituzione a carico dell'aggiudicatario, di una cauzione definitiva e di una garanzia di conclusione dell'opera nei casi di risoluzione del contratto, denominata cauzione "extra costi". Tale ultima garanzia sostituirà la "garanzia globale di esecuzione" – attualmente disciplinata dall'art. 129, comma 3 e dall'art. 176, comma 18, d.lgs. 163/2006 – l'abrogazione della quale è contemplata nel comma 11, art. 1, l. 11/2016 (a decorrere dall'entrata in vigore del decreto attuativo). A tal riguardo, trattandosi di un istituto di preminente rilievo per il mercato degli appalti, sarebbe forse opportuno prevedere nella norma un potere dell'ANAC di emanare in materia apposite Linee guida, previa consultazione preliminare degli operatori di settore, anche per evitare che questa forma di garanzia, comunque molto utile per gli appalti più rilevanti, finisca per rivelarsi inapplicabile alla pari di quella che sostituisce.

ART. 105 (Subappalto) - L'articolo appare in linea generale poco chiaro. Contiene in primo luogo, nel comma 5, un erroneo rinvio al comma 10 (piuttosto che 11) dell'art. 89. Tra le previsioni che non appaiono esaustive, si segnala in primo luogo la fissazione del limite del 30% del ricorso al subappalto solo per le categorie superspecialistiche (attraverso il già citato e confuso rinvio al comma dell'art. 89) e non anche per la categoria prevalente, come nella disciplina dettata dall'art. 118 del d.lgs. 163/2006. Di fatto, la scelta del ricorso all'istituto del subappalto viene rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, la quale deve indicare nel bando le parti delle prestazioni che l'operatore economico può affidare in subappalto. In tal modo si consente un eccessivo ampliamento del subappalto che sembrerebbe non in linea con le indicazioni della delega. Difficoltà applicative potrebbero derivare, inoltre, dalla previsione del comma 6, contemplante l'obbligatorietà dell'indicazione della terna di subappaltatori solo per i contratti di importo superiore alle soglie e "per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione"; la norma così come formulata sembra generica e, quindi, foriera di difficoltà applicative.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

ART. 106 (Modifica di contratti durante il periodo di validità) - L'articolo contiene una complessa e (forse troppo) articolata disciplina delle modifiche dei contratti già stipulati, nel chiaro e condivisibile obiettivo di evitare "stravolgimenti" dei costi delle opere pubbliche, ed in questo contesto prevede anche alcuni obblighi di comunicazione all'ANAC. Quella del comma 8, fra l'altro assistita da una sanzione molto significativa per il RUP, persegue un obiettivo chiaro, consentendo all'ANAC di avviare le attività di vigilanza o comunque i propri poteri di controllo qualora non siano rispettati i presupposti normativi. Una significativa novità rispetto al passato è invece la comunicazione, prevista dal comma 14, da parte delle stazioni appaltanti, per il rilascio del relativo nulla-osta, della cessione dei crediti ai sensi della l. 52/1991. La ratio di tale comunicazione, però, resta poco comprensibile perché non individua la tipologia di controlli che l'ANAC dovrebbe eseguire sui dati comunicati né la finalità dei controlli medesimi.

ART. 107 (Sospensione) - La disposizione al comma 4 fa riferimento ad un caso di comunicazione di sospensione all' "Autorità", indicazione quest'ultima che, pur appearing per logica riferita all'ANAC, non appare coordinata con quanto previsto in tutte le altre previsioni codicistiche che utilizzano l'acronimo piuttosto che il sostantivo in questo caso utilizzato. Inoltre, sarebbe opportuno, per l'identità della ratio, prevedere a carico del RUP la medesima sanzione di cui al comma 8 dell'articolo precedente.

ART. 110 (Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione) - L'articolo disciplina le procedure di affidamento in caso di fallimento, risoluzione del contratto e misure straordinarie di esecuzione. La disposizione fa riferimento al concordato con continuità aziendale ma non anche al concordato in bianco, istituito questo previsto nella legge fallimentare, che sarebbe quindi opportuno espressamente citare. Il comma 3, inoltre, prevede una procedura di autorizzazione alla partecipazione agli appalti che rischia di apparire in violazione delle prerogative del giudice delegato previste nelle leggi fallimentari; stabilisce infatti che l'ANAC debba fornire una preventiva autorizzazione che finirebbe per subordinare il potere del giudice al placet dell'Autorità. Sarebbe forse opportuno lasciare la decisione finale al giudice e prevedere un potere di parere obbligatorio e non vincolante per l'ANAC. Con questa stessa logica andrebbe modificato anche il comma 5.

ART. 177 (Affidamenti dei concessionari) - La disposizione prevede, al comma 1, che i 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), sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica (la restante parte può essere realizzata da società *in house* 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). Il successivo comma 3 demanda la verifica del rispetto del limite dell'ottanta per cento ai soggetti preposti e all'ANAC (con modalità indicate da quest'ultima in apposite linee guida) e prevede che eventuali situazioni di squilibrio rispetto al limite indicato devono essere riequilibrate entro il termine individuato dai soggetti preposti. La disposizione non contempla a tal riguardo sanzioni a carico dei concessionari



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

che non provvedano a garantire il rispetto del limite imposto dalla norma. Sembrerebbe, quindi, opportuno prevedere in tal caso o un potere sanzionatorio diretto a favore dell'ANAC, o quantomeno un potere di ordinare il ripristino della quota, analogo ai poteri di ordine che l'ANAC può utilizzare in materia di anticorruzione e trasparenza. In ogni caso andrebbe previsto, in caso di reiterazione di violazioni, la possibilità che il concedente revochi la concessione.

ART. 178 (Norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio) - La disposizione contempla, al comma 7, la possibilità di chiedere all'ANAC pareri sugli schemi di convenzione dei concessionari autostradali. Una simile previsione potrebbe determinare una sovrapposizione con le competenze dell'Autorità di regolazione Trasporti.

Art. 180- 182 (Partenariato pubblico privato) – Il comma 3 prevede, molto opportunamente, che la corretta allocazione dei rischi rappresenterà elemento causale tipico del contratto di partenariato, individuando come presupposto essenziale per la firma del contratto la documentata disponibilità di un finanziamento dell'intera opera e stabilendo che si possa giungere alla risoluzione di diritto del contratto nel caso di mancato perfezionamento del contratto di finanziamento entro un breve termine dalla stipula della convenzione (comma 7). E' una norma che prende atto di una serie di criticità, emerse nel vigente quadro normativo ed acute dall'assenza attuale di previsioni ad hoc finalizzate ad assicurare *ex ante* la permanenza dei rischi in capo all'operatore economico. Per tali ragioni, si potrebbe forse valutare l'opportunità di estendere un analogo meccanismo di verifica anche ai contratti di partenariato pubblico-privato già sottoscritti alla data di entrata in vigore del Nuovo codice, attraverso una norma transitoria che consenta forme di recesso, anche bilanciate da un riconoscimento degli interessi economici dell'operatore senza essere eccessivamente oneroso per la PA, in aggiunta ed a prescindere da quanto sul punto contenuto nel comma 3 dell' art. 182.

ART. 183 (Finanza di progetto) - Nell'articolo, oltre all'opportuna soppressione della procedura a doppia gara, sembra che manchi la proposta dei privati in caso di inerzia dell'amministrazione sui lavori inseriti negli programmi annuali. Tale soppressione non appare pienamente conforme ai criteri di delega.

ARTT. 194 e segg. (Affidamento a contraente generale). Le disposizioni indicate, relative agli affidamenti a contraente generale, sembrano ricalcare nella sostanza le previsioni del d.lgs. 163/2006 in materia, con una scelta che non appare del tutto coerente rispetto al criterio direttivo contenuto nella lettera sss) che prevede l'«espresso superamento delle disposizioni di cui alla legge 21 dicembre 2001, n. 443» (in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive).

ART. 203 (Monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari) - La disposizione, dedicata al monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa, prevede al comma 1 che, con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono individuate le procedure per lo svolgimento di tale monitoraggio. La norma specifica, inoltre, che nelle more dell'adozione del predetto decreto continua ad applicarsi il decreto del Ministero



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

dell'interno 14 marzo 2003, che istituisce e regola le attività del Comitato di coordinamento per l'Alta sorveglianza delle grandi opere (CCASGO). Posto che il comma 1 dell'art. 203 in esame non chiarisce che successivamente al periodo transitorio ivi contemplato, il predetto Comitato continua ad operare ai fini del monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari, si potrebbe, comunque, modificare la norma prevedendo espressamente il mantenimento di tale istituto.

ARTT. 205 (Accordo bonario), 207 (Collegio consultivo tecnico). – La norma sull'accordo bonario introduce una importante novità rispetto al codice ancora vigente; prevede che l'esperto "terzo" non sia più scelto liberamente d'accordo fra le parti (in caso di disaccordo, dal Presidente del Tribunale) ma in una rosa di soggetti indicati dalla Camera arbitrale presso l'ANAC (in caso di disaccordo, dalla medesima camera arbitrale). In tal modo, attraverso una maggiore indipendenza del collegio di accordo bonario, si vorrebbe condivisibilmente provare a rilanciare un istituto che potrebbe avere un significativo effetto deflattivo del contenzioso. Senonché, a parte la evidente assenza di ogni conseguenza nel caso in cui l'accordo venga respinto da una delle parti, anche senza alcuna motivazione - non è previsto nemmeno, come per le analoghe procedure di *adjudication* di esperienza anglosassone, un obbligo di adire la giurisdizione o un collegio arbitrale - l'istituto rischia di vanificarsi nei fatti dal nuovo strumento del "collegio consultivo tecnico" (CCT), che consente, di fatto, l'introduzione di un sistema alternativo (meno garantito sia nei presupposti che nelle modalità di funzionamento) all'accordo bonario e che fra l'altro non sembra nemmeno trovare un aggancio sicuro nella legge delega.

Le parti, infatti, possono nominare i tre componenti del CCT - senza alcuna intermediazione di terzi, come per l'accordo bonario - in funzione di assistenza per l'intera vita dell'appalto, compresa la possibilità di proporre possibili soluzioni di controversie che possano poi essere recepite in vere e proprie transazioni.

D'altra parte, inoltre, il CCT, per convenzione esplicita delle parti, potrebbe anche avere funzioni di assistenza per la risoluzione delle controversie insorte durante l'esecuzione del contratto; in tal modo, trasformandosi in una sorta di arbitrato libero, influisce sui compiti e sulle funzioni della Camera arbitrale e aggira, nella sostanza, il criterio di delega di cui alla lett. aaa), secondo cui l'arbitrato nei contratti pubblici può essere solo amministrato.

ARTT. 209, 210 (Arbitrato e Camera arbitrale) – Pur essendo prevista nella legge delega un'importante novità - il definitivo superamento dell'arbitrato libero a favore del cd arbitrato amministrato - le disposizioni sull'arbitrato e sulla Camera arbitrale appaiono ricalcare sostanzialmente quelle attuali, senza raccogliere più di tanto gli spunti che pur si sarebbero potuti trarre dal nuovo principio direttivo. Il riconoscimento di un ruolo di impulso e controllo alla Camera arbitrale potrebbe, infatti, consentire di sterilizzare una parte di quei rischi che ad oggi sconsigliano il ricorso alla procedura alternativa alla giurisdizione. In questa prospettiva, potrebbe essere previsto un potere di controllo (*sub specie*, anche di mera validazione e/o conferma) da parte della Camera arbitrale anche sulla designazione dei componenti indicati dalle parti, verificandone, in particolare, i requisiti di indipendenza ed imparzialità. Inoltre, andrebbe riconosciuto alla Camera arbitrale un potere di assistenza del procedimento, consentendo all'ANAC, di intesa con la Camera, di emanare linee guida per garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità delle procedure arbitrali nonché il rispetto dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

ART. 213 (Autorità Nazionale Anticorruzione). – La disposizione, che si occupa dei poteri e delle funzioni dell'ANAC, andrebbe probabilmente completata con l'inserimento in essa, per ragioni di chiarezza e coerenza sistematica, di poteri e funzioni previste in altre disposizioni codicistiche; in questo senso potrebbero essere riportati nel presente articolo:

- gli obblighi di comunicazione delle varianti, oggi previsti dall'articolo 95 (criteri di aggiudicazione dell'appalto), al comma 15, trattandosi di una comunicazione connessa ai poteri di vigilanza dell'ANAC;
- le sanzioni per i casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive contenuta nell'art. 83, comma 10, di cui si è già poco sopra detto ad altri fini
- i poteri di raccomandazione, previsti nell'art. 211, comma 2, posto che si tratta di poteri di carattere generale e che, quindi, non hanno attinenza con la funzione di precontenzioso ivi disciplinata.
- la disciplina relativa agli obblighi per le amministrazioni che rifiutano o omettono di garantire l'interscambio delle informazioni o interoperabilità dei sistemi informatici, attualmente contenuta nell'art. 29, comma 4 del testo in esame che andrebbe coordinata con il potere sanzionatorio, previsto dal comma 13 dell'art. 213

Quanto, invece, alle disposizioni contenute nella norma, con riferimento al comma 2, sembrerebbe opportuno prevedere una quantomeno parziale vincolatività degli atti dell'Autorità ivi richiamati (bandi-tipo, linee-guida, capitolati e contratti tipo) stabilendosi, analogamente a quanto previsto dall'art. 64, comma 4-bis del d.lgs. 163/2006, che le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, possano motivare espressamente in ordine le deroghe ai predetti atti; si potrebbe, altresì, precisare che nei bandi-tipo siano definite le causa tassative di esclusione, la disciplina delle quali non è espressamente contemplata nel testo in esame.

Al fine di evitare confusione, sarebbe anche utile individuare una diversa denominazione tra Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici presso ANAC (disciplinata dall'art. 213), cui confluiscono tutte le informazioni relative al settore appalti, rispetto alla Banca Dati Centralizzata presso MIT (art. 81 – documentazione di gara), ove confluiscono tutte le informazioni relative agli operatori economici, ivi inclusa AVCPass.

Con riferimento al potere sanzionatorio dell'ANAC, di cui al comma 13, sarebbe forse opportuno, a differenza di quanto oggi previsto dal comma 14, prevedere il versamento all'Autorità delle somme derivanti da tutte le sanzioni da essa comminate, sia perché sarebbe un introito aggiuntivo in relazione ai numerosi ed ulteriori oneri a carico dell'Autorità, sia perché l'autorità è tenuta alla difesa in giudizio nel caso di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori e, quindi, al pagamento delle spese in caso di soccombenza.

Infine, il comma 9 dell'art. 213 prevede che l'Autorità *si avvale* dell'Osservatorio; sembrerebbe opportuno al riguardo modificare la disposizione, prevedendo che l'Osservatorio *opera presso* l'Autorità, ciò al fine di non generare confusioni in ordine alle specifiche competenze attribuite all'Osservatorio. In questa prospettiva è anche utile rimarcare che nel testo mancano i riferimenti agli strumenti per garantire l'interoperabilità tra Osservatorio centrale e sedi regionali, per cui sarebbe opportuno prevedere che gli Osservatori regionali devono garantire l'interoperabilità delle informazioni da essi raccolte.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

PREZZI DI RIFERIMENTO - Si segnala, infine, che nel testo in esame non è stata riprodotta la disciplina in tema di elaborazione dei prezzi di riferimento di beni e di servizi, demandata all'ANAC e già contemplata nel d.l. 98/2011, conv. con mod. 111/2011, e successivamente modificata dal d.l. 66/2014, conv. in l. 89/2014. I dati trasmessi all'ANAC dalle amministrazioni e dagli operatori del settore non contengono l'indicazione dei prezzi unitari dei beni, ma del valore complessivo dell'appalto e, pertanto, non appaiono utili ai fini della determinazione dei predetti prezzi di riferimento. Sembrerebbe quindi opportuno assegnare il relativo compito all'ISTAT quale amministrazione che, per le funzioni svolte, sembra garantire una elaborazione degli stessi maggiormente aderente alle finalità perseguite dalla norma. Andrebbe, quindi, contestualmente modificata in tal senso la relativa disciplina contenuta nel d.l. 98/2011 e nel d.l. 66/2014 sopra citati.

Raffaello Cantone