

M.D.G.		
Procura Generale della Repubblica - Salerno		
Registrazione		
N. 3406	21 LUG 2016	
AFF. GEN.	RAG. SIC.	RUO
Funzione	Attività	Attività
Fascicolo	Sottofascicolo	



Discolare n° 18/16 26

Ministero della Giustizia

Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi

Al Capo Dipartimento



Ai signori:

- Presidente della Corte di cassazione**
- Procuratore generale della Corte di cassazione**
- Presidente del Tribunale superiore delle acque pubbliche**
- Procuratore nazionale antimafia**
- Presidenti di corte d'appello**
- Procuratori generali della Repubblica**
- Presidenti dei tribunali per i minorenni**
- Procuratori della Repubblica per i minorenni**
- Presidenti dei tribunali di sorveglianza**
- Presidenti dei tribunali**
- Procuratori della Repubblica**

Loro sedi

OGGETTO: decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (GU Serie Generale n.91 del 19-4-2016 Suppl. Ordinario n.10) "Nuovo codice degli appalti". La gestione dei contratti pubblici segretiati.

A seguito dell'entrata in vigore del "Nuovo codice degli appalti" ed al fine di fornire un contributo per una coordinata ed uniforme applicazione della normativa sul territorio nazionale, appare utile rappresentare quanto segue.

Il 19 aprile 2016 è entrato in vigore il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Il decreto legislativo è volto ad introdurre immediatamente nell'ordinamento un sistema di regolazione nella materia degli appalti di lavori, forniture e servizi, coerente, semplificato, unitario, trasparente ed armonizzato alla disciplina europea.

Il nuovo codice dei contratti si presenta decisamente più breve e snello del precedente testo normativo (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e relativo regolamento di esecuzione ed attuazione, approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).

Vi è una riduzione del numero complessivo di articoli, che passano da 630 articoli e 37 allegati a soli 220 articoli e 25 allegati (anche tenendo conto della prevista abrogazione del regolamento, che verrà sostituito da atti di "soft law").

Il nuovo codice è articolato in sei parti.

La prima parte contiene le norme volte a definire il suo ambito di applicazione, nonché alcune disposizioni comuni, come, in particolare, le definizioni (indicate all'art. 3), la specificazione dei contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione (artt. 4-20), le norme sulla pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 2 1-27) ed i principi comuni sulle modalità di affidamento (artt. 28-3 4).

La seconda parte, relativa ai contratti di appalto per lavori, servizi e forniture, è articolata in sei titoli, relativi, il primo, alla rilevanza comunitaria ed ai contratti sotto soglia (artt. 35-36); il secondo alla qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37-43); il terzo alla procedura di affidamento (suddiviso a sua volta in capi e sezioni: artt. 44- 93); il quarto all'aggiudicazione per i settori ordinari (artt. 94-99); il quinto all'esecuzione (artt. 100-113) ed il sesto ai regimi particolari di appalto (ossia agli appalti nei settori speciali, nei servizi sociali, nel settore dei beni culturali, nei concorsi di progettazione e di idee, nei servizi ricerca e sviluppo ed in specifici settori: artt. 114-163).

La parte terza è relativa ai contratti di concessione (artt. 164-178); mentre la quarta al partenariato pubblico privato ed al contraente generale (artt. 179-199), la quinta alle infrastrutture e insediamenti prioritari (artt. 200-203) e la sesta alle disposizioni finali e transitorie (relative soprattutto ai rimedi ed alle disposizioni transitorie; artt. 204-220).

Si può apprezzare la scelta della riduzione delle regole poste in via normativa, sostituite da strumenti flessibili riconducibili alla cd. "soft law".

Tali atti sono, in realtà, riconducibili a tre diverse tipologie di linee guida (che sono comunque tutte impugnabili innanzi al giudice amministrativo).

Vi sono, innanzitutto, i decreti ministeriali contenenti le linee guida adottate su proposta dell'ANAC, che sono veri e propri regolamenti (sottoposti al parere delle commissioni parlamentari ed al parere del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400).

Quindi, vi sono le linee guida "vincolanti" dell'ANAC, che, pur non essendo regolamenti, ma atti equiparabili agli atti di regolazione di un'autorità indipendente, devono seguire alcune garanzie procedurali minime (consultazione pubblica, metodi di analisi e di verifica di impatto della regolazione, metodologie di qualità della regolazione, compresa la codificazione, adeguata pubblicità e pubblicazione, eventuale parere facoltativo del Consiglio di Stato: cfr. parere del Consiglio di Stato, pp. 39 ss.). Infine, le linee guida non vincolanti dell'ANAC hanno valore e funzione di indirizzo per le stazioni appaltanti e gli operatori economici.

Oltre alle "linee guida" (la cui inosservanza, in alcuni casi, è specificamente sanzionata: v. ad es. art. 84. c. 2), sono introdotti altri strumenti di regolazione flessibile (come bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo, ecc.) predisposti dall'ANAC (cfr. art. 213).

Accanto all'introduzione di maggiore flessibilità e discrezionalità è previsto un rafforzamento delle misure di trasparenza.

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

Le misure di semplificazione sono volte soprattutto a tenere conto dell'utilizzo dei mezzi telematici. Tra tali strumenti è prevista la possibilità (ma, per ora, non l'obbligo, che potrebbe essere introdotto successivamente sulla base di un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) per le stazioni appaltanti di richiedere per le nuove opere, nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (cd. building information modeling — BIM) (art. 23, c. 1, lett. h, e c. 13).

Di particolare interesse è l'introduzione del documento di gara unico europeo (DGUE), che consiste in un'autodichiarazione (su un modello stabilito da una norma europea, ossia il regolamento di esecuzione (Ue) n. 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016) dell'operatore economico che fornisce una prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi.

E' anche codificato l'istituto del soccorso istruttorio, per cui la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo può essere regolarizzata, su richiesta della stazione appaltante ed entro il termine (non superiore a dieci giorni) da questa stabilito. Infine, si può segnalare che, al fine di ridurre il contenzioso, è stato introdotto (all'art. 120 del codice del processo amministrativo) un nuovo rito abbreviato in camera di consiglio sull'impugnativa dei motivi di esclusione (art. 204) e sono stati previsti rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (artt. 205 e ss.).

Occorre tenere presente che l'art. 162 del nuovo Codice prevede che le disposizioni relative alle procedure di affidamento possano essere derogate in base ai seguenti criteri:

"a) per i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza;

b) per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative.

2. Ai fini della deroga di cui al comma 1, lettera a), le amministrazioni e gli enti utenti attribuiscono, con provvedimento motivato, le classifiche di segretezza ai sensi dell'articolo 42 della legge 3 agosto 2007, n. 124, ovvero di altre norme vigenti. Ai fini della deroga di cui al comma 1, lettera b), le

amministrazioni e gli enti utenti dichiarano, con provvedimento motivato, i lavori, i servizi e le forniture eseguibili con speciali misure di sicurezza individuate nel predetto provvedimento.

3. I contratti di cui al comma 1 sono eseguiti da operatori economici in possesso dei requisiti previsti dal presente decreto e del nulla osta di sicurezza, ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 42, comma 1-bis, della legge n. 124 del 2007.

4. L'affidamento dei contratti di cui al presente articolo avviene previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza.

5. La Corte dei conti, tramite un proprio ufficio organizzato in modo da salvaguardare le esigenze di riservatezza, esercita il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti di cui al presente articolo, nonché sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione. Dell'attività di cui al presente comma è dato conto entro il 30 giugno di ciascun anno in una relazione al Parlamento."

I primi quattro commi di tale disposizione riproducono integralmente la previgente disciplina contenuta nell'art. 17 del d.lgs. n. 163 del 2006 come modificato dall'art. 33 d.lgs. n. 208 del 2011.

Il comma quinto, invece, contrariamente al comma 5[^] dell'art. 17 citato - che prevedeva esclusivamente un controllo successivo di legittimità della Corte dei Conti (la quale si pronunciava, sempre successivamente, anche sulla regolarità, correttezza e sull'efficacia della gestione) - prevede un controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti, nonché sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione.

Nell'ambito delle disposizioni finali e transitorie è inserito, poi, l'art. 213, il quale, conferendo una serie di poteri di vigilanza e di controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi all'ANAC, prevede espressamente alla lettera g) che a tale Autorità sia demandata anche la vigilanza sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie ed opera un controllo sulla corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile di cui all'articolo 163 del presente codice, attribuendole tutta una serie di poteri conseguenti anche ispettivi, informativi nei confronti della Corte dei conti e dell'AG e sanzionatori.

L'ANAC ha già emanato, per la consultazione, alcune linee guida per l'applicazione del nuovo Codice, che non riguardano la materia dei contratti segreti.

Fra le disposizioni espressamente abrogate dal nuovo codice (art. 217) non compare l'art. 42 della l. 3 agosto 2007, n. 124 recante il Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto e relativo all'attribuzione, da parte delle amministrazioni e degli enti utenti, con provvedimento motivato, delle classifiche di segretezza.

Tanto premesso e per quanto sopra evidenziato, si richiede cortesemente di voler disporre l'adeguamento delle procedure contrattuali alle nuove disposizioni e di dare adeguata diffusione della presente nota ai competenti uffici.

Cordiali saluti.

IL CAPO DIPARTIMENTO

Gioacchino Natoli

