



ANAC

AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

ATTO DI SEGNALAZIONE DEL 18 ottobre 2023

Concernente l'articolo 13 e l'allegato II.4, articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 31/3/2023, n. 36

ATTO DI SEGNALAZIONE DEL

18 ottobre 2023

Concernente l'articolo 13 e l'allegato II.4, articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 31/3/2023, n. 36

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, ANAC), ai sensi dell'articolo 222, comma 3, lettere c) e d), del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (nel seguito "Codice"), ha il potere di segnalare al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore nonché di formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore. Considerate le competenze riconosciute all'Autorità, si intendono di seguito formulare osservazioni in merito all'ambito di applicazione delle disposizioni del codice, ivi compresa la disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti, ai soggetti privati che affidano lavori finanziati in misura maggioritaria con risorse pubbliche.

L'articolo 13 della Direttiva 24/2014 prevede l'applicabilità della Direttiva all'aggiudicazione dei contratti di appalti di lavori sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% da amministrazioni aggiudicatrici e il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a 5.186.000 euro, nel caso in cui tali appalti comportino una delle seguenti attività: i) attività che riguardano i lavori di genio civile di cui all'allegato II; ii) lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a scopi amministrativi. Tale ultima locuzione è stata tradizionalmente intesa come riferita a edifici destinati a soddisfare interessi di carattere generale.

La norma prevede altresì l'applicazione della Direttiva agli appalti di servizi sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% da amministrazioni aggiudicatrici e il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a 207 000 euro allorché tali appalti sono connessi a un appalto di lavori.

Il legislatore nazionale aveva dato attuazione a dette previsioni con l'articolo 1, comma 2, lettera a), p. 2 e all'articolo 1, comma 2, lettera b), del decreto legislativo n. 50/2016. Inoltre, aveva operato la scelta di estendere la disciplina comunitaria anche agli affidamenti di lavori sotto soglia di importo superiore a 1 milione di euro. La norma, infatti, prevedeva che *"Le disposizioni di cui al presente codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti: a) appalti di lavori, di importo superiore ad 1 milione di euro, sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, nel*

caso in cui tali appalti comportino una delle seguenti attività: 1) lavori di genio civile di cui all'allegato I; 2) lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche; b) appalti di servizi di importo superiore (in realtà pari o superiore) alle soglie di cui all'articolo 35 sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, allorché tali appalti siano connessi a un appalto di lavori di cui alla lettera a)'.

L'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 36/2023 è perimetrato all'articolo 13 ove, per quanto concerne l'applicazione ai lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, è riproposto il solo caso dei privati titolari di permessi di costruire o di altro titolo abilitativo, i quali assumano in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso. Né all'interno dell'articolo 13 né all'interno dell'allegato I.1 (che individua le definizioni) è riprodotta la disposizione sopra citata di cui all'articolo 1, comma 2, lettera a) del d.lgs. n. 50/2016. Ulteriormente, si segnala che, se nel regime di cui al d.lgs. n. 50/2016, i privati tenuti all'osservanza del codice erano ricompresi nella definizione di cui all'articolo 3, comma 1, lett. g) cioè negli «altri soggetti aggiudicatori», detta locuzione non è più presente nel nuovo codice.

In merito, si rileva che la relazione illustrativa non accenna alla fattispecie oggetto di disamina, né dà atto di una volontà di restringere l'ambito applicativo del codice espungendo dai soggetti tenuti alla relativa osservanza i privati destinatari di finanziamenti pubblici maggioritari. Cosa che, ad ogni modo, non sarebbe consentita per gli affidamenti sopra soglia, per contrasto con la disciplina euro-unitaria che, come già evidenziato, impone, per detti affidamenti, l'applicazione della direttiva.

In particolare, nella Relazione illustrativa, è espressa chiaramente la volontà di discostarsi dalla tecnica legislativa adottata nella redazione del vecchio codice che introduceva "un corposo elenco di definizioni (art. 3)" con l'intento di "non vincolare eccessivamente l'interprete con definizioni specifiche a fronte di categorie generali che già consentono di ricomprendere le differenti fattispecie riscontrabili in pratica".

In tale ottica, è chiarito che gli articoli 1, 2 e 3 dell'allegato I.1 recano le definizioni cui si basa l'impianto del nuovo codice introducendo una significativa semplificazione dei contenuti definitivi rispetto all'articolo 3 del d. lgs. n. 50 del 2016 e, in un quadro di classificazione sistematica, suddividono le definizioni (prima racchiuse in un'unica disposizione) in tre macro-categorie: a) i soggetti cui il codice si applica (art. 1); b) i contratti che il codice disciplina (art. 2); c) le procedure e gli strumenti di cui possono avvalersi le stazioni appaltanti e gli enti concedenti (art. 3).

Sempre nella Relazione illustrativa è chiarito che, nell'ottica della semplificazione dei contenuti, si è scelto di espungere dal testo normativo la riproduzione di nozioni e istituti non ritenuta necessaria. In particolare,

si è scelto di espungere: i) la pedissequa riproduzione di nozioni e istituti che trovano una compiuta definizione nelle direttive UE 23, 24 e 25 del 2014 e rispetto ai quali non sussistono esigenze di chiarimento o specificazione (come ad esempio accade per "lavori", "servizi", "forniture", "diritto esclusivo", "diritto speciale"); ii) le definizioni che fanno riferimento a istituti oggetto di disciplina specifica (e autosufficiente) in altre parti del codice (come, ad esempio, accade per partenariato pubblico-privato e per i contratti attraverso i quali esso si attua); iii) le nozioni che sono, comunque, oramai entrate nell'uso corrente (come ad esempio "scritto o per iscritto", "documento di gara", "documento di concessione") e non richiedono, pertanto, ulteriori specificazioni normative.

Il legislatore ha esplicitato altresì che *"l'attenzione, sul piano dei soggetti (articolo 1), si è concentrata su alcune macro-nozioni, il cui utilizzo ha consentito di aggregare nell'ambito di una categoria unitaria e univoca una serie di espressioni prima utilizzate in maniera, a volte, ridondante e ripetitiva. Ad esempio, il vigente articolo 3 dedica alle nozioni di amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sette alinea (indicati con le lettere da a) a g)), alcuni dei quali ulteriormente articolati in sottopunti. Nel nuovo art. 1 dell'Allegato, l'introduzione delle nozioni omnicomprendenti di "stazione appaltante" ed "ente concedente" ha consentito, da un lato, di evitare la moltiplicazione e la frammentazione delle definizioni soggettive e, dall'altro, di introdurre un riferimento nominalistico unitario che, anche coerentemente con la disciplina dettata dal d.lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo, art. 133, lett. e), n. 1) valorizza l'obbligo di seguire la procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del contratto, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura dell'ente che di volta in volta viene in considerazione"*.

Da tali affermazioni sembrerebbe potersi presumere che la mancata riproduzione dell'articolo 13 della Direttiva sia una mera conseguenza della semplificazione dell'attività definitoria.

Al fine di scongiurare l'applicazione di disposizioni difformi rispetto alle previsioni della Direttiva, l'Autorità ritiene che, relativamente agli affidamenti dei lavori e dei servizi connessi di cui all'articolo 13 della Direttiva, di importo pari o superiore alle soglie ivi indicate, possa procedersi all'applicazione diretta della norma comunitaria, in ragione della relativa formulazione esaustiva, oltre che sufficientemente chiara e precisa. Inoltre, si ritiene che al medesimo risultato possa giungersi anche aderendo ad una interpretazione comunitariamente orientata delle indicazioni contenute nell'allegato I.1. L'Autorità, quindi, provvederà a fornire indicazioni in tal senso.

Per quanto concerne, invece, gli affidamenti sotto soglia, si ritiene che, in assenza di specifiche indicazioni nella normativa nazionale, l'estensione dell'ambito di applicazione del codice a fattispecie ulteriori rispetto a quelle previste dalla Direttiva e dal codice non possa essere stabilita in via interpretativa

Tuttavia, escludere dall'ambito di applicazione del codice affidamenti di notevole valore economico (ad esempio al di sotto della soglia comunitaria, ma comunque al di sopra di una soglia minima, quale quella di un milione di euro in passato utilizzata) finanziati con risorse pubbliche, soltanto in ragione della natura privata del soggetto che li effettua, è una scelta che lungi dall'essere coerente con la razionalizzazione e la semplificazione proposte dal Codice, in apparente rispetto dei principi della legge delega, si porrebbe, in realtà in contrasto proprio con lo spirito del codice, dichiarato nella Relazione illustrativa - volto a valorizzare l'obbligo di seguire la procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del contratto, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura dell'ente che di volta in volta viene in considerazione in osservanza dei principi generali di legalità, trasparenza, pubblicità, concorrenza e imparzialità, applicabili anche agli affidamenti sotto-soglia.

Oltretutto l'eventuale sottoposizione alle regole di evidenza pubblica delle procedure di affidamento di lavori anche al di sotto della soglia comunitaria (ma comunque nei termini di rilevanza economica sopra indicati), può trovare giustificazione anche nei casi in cui non vengano finanziate opere non destinate ad essere fruite da parte della collettività. L'applicazione dei principi tipici dell'evidenza pubblica può infatti soddisfare l'esigenza che le risorse pubbliche siano utilizzate in modo più efficiente, e che vedano il coinvolgimento di operatori economici più capaci.

Per quanto esposto, si segnala l'opportunità di apportare le necessarie modifiche al codice dei contratti pubblici volte a ripristinare il contenuto dell'articolo 1, comma 2, lettera a) del decreto legislativo n. 50/2016. Inoltre, si suggerisce di valutare l'opportunità di estendere la casistica riportata nella richiamata disposizione al fine di ricomprendere anche opere finanziate in misura maggioritaria con risorse pubbliche di importo superiore a un milione di euro anche quando non destinate direttamente ad essere fruite da parte della collettività.

In ordine, poi, ai soggetti privati già tenuti ad osservare il codice dei contratti – tra cui rientrano, ad esempio, i soggetti privati titolari di permessi di costruire che assumono in via diretta l'esecuzione di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo per il rilascio del permesso (articolo 13, comma 7, del codice) e i titolari di concessioni già in essere, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, non affidate conformemente al diritto europeo vigente all'epoca dell'affidamento (articolo 186, del codice) – nonché a quelli che lo sarebbero in forza dell'applicazione diretta del disposto della Direttiva, sopra richiamato, e alla luce della modifica normativa raccomandata, si osserva quanto segue.

Occorre evitare che detti soggetti, chiamati ad assolvere all'obbligo dell'evidenza pubblica che in via ordinaria esula dalle loro competenze, siano tenuti ad oneri particolarmente gravosi. Può essere, invece virtuoso, valorizzare le specifiche competenze eventualmente già in loro possesso.

Parimenti, non può prescindersi dal considerare che l'intento del Legislatore, chiaramente espresso con il nuovo codice, è quello di richiedere la specifica professionalità dei soggetti che sono chiamati a porre in essere affidamenti pubblici, tramite la loro necessaria qualificazione, secondo i criteri, le soglie e le modalità indicate nell'Allegato II.4.

Al fine di contemperare entrambe le esigenze sopra rappresentate, considerando, da un lato, le legittime istanze dei soggetti privati a non essere assoggettati ad adempimenti eccessivi, valorizzando eventualmente la loro specifica competenza e, dall'altro lato, a garantire che nel sistema affidamenti pubblici di una certa rilevanza siano effettuati solo da soggetti adeguatamente qualificati, si ritiene di poter suggerire un sistema 'modulare' che consenta ai soggetti privati tenuti, ai sensi di legge, ad obblighi di evidenza pubblica in quanto destinatari di finanziamenti pubblici di notevole entità (ad esempio di importo superiore ad 1 milione di euro):

- a) Nell'immediato sulla base di quanto previsto anche per le altre stazioni appaltanti pubbliche non qualificate (ove superino la soglia di € 500mila), di rivolgersi a stazioni appaltanti qualificate per lo svolgimento di dette procedure, consentendo quindi in tal modo di garantire gli interessi pubblici sopra richiamati. Si precisa, al riguardo, che per analogia, ed al fine di tutelare i medesimi interessi pubblici legati al migliore e più trasparente utilizzo delle risorse pubbliche, nello stesso modo potrebbe essere disciplinato anche l'assolvimento dell'onere di evidenza pubblica per le opere di urbanizzazione a scomputo da realizzarsi da parte dei privati. Si evidenzia, al riguardo, che la più facile possibilità di rivolgersi ad una stazione appaltante qualificata (oltre la soglia fissata dal Codice dei 500mila euro), consente di estendere l'obbligo di utilizzare procedure ad evidenza pubblica anche al di sotto della soglia fissata in sede euro-unitaria.
- b) Per il futuro, di conseguire la qualificazione, laddove già in possesso di specifiche competenze e know how che il privato intende conservare e valorizzare, tramite criteri di qualificazione snelli e definiti appositamente dall'Autorità. Ciò fermo restando che tale scelta dovrebbe rimanere facoltativa (e quindi nel solo interesse del privato) potendosi, in termini generali, mantenere la possibilità di rivolgersi sempre ad una stazione appaltante qualificata.

Si rammenta che, ai sensi della normativa vigente, anche in caso di risposta negativa da parte della stazione appaltante qualificata a cui i soggetti privati dovessero rivolgersi, rimarrebbe possibile adire l’Autorità per ottenere la designazione d’ufficio ai sensi dell’articolo 62, comma 10, del codice dei contratti pubblici.

Alla luce di tutto quanto sopra si segnala, pertanto, l’opportunità che, attraverso un apposito intervento normativo, l’applicazione delle regole di evidenza pubblica sia comunque richiesto laddove i lavori svolti dai privati siano realizzati con finanziamenti pubblici in percentuali superiori al 50% e per importi superiori al milione di euro.

La modifica normativa non determinerebbe nuovi oneri a carico dei privati, ed anzi li agevolerebbe, anche per i casi in cui sono già tenuti all’evidenza pubblica ai sensi del vigente codice, sussistendo la possibilità di valorizzare le già esistenti previsioni di legge che consentono ai soggetti che non hanno i requisiti per qualificarsi autonomamente come stazioni appaltanti di rivolgersi, per affidamenti oltre la soglia di 500mila euro di rivolgersi ad una stazione appaltante qualificata ovvero, in caso di rifiuto di questa, di rivolgersi all’Autorità per la designazione, ferma restando, per il futuro, la facoltà di acquisire una specifica qualificazione, secondo un sistema snello e semplificato che potrà essere definito dall’Autorità nell’ambito delle proprie competenze.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 18 ottobre 2023

Il Presidente
Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente