

## **Gli Autori**

### **Fabio Garella**

Avvocato del foro di Roma, Docente di diritto costituzionale presso la facoltà di Giurisprudenza Luiss Roma  
Coordinamento, Artt. 164-178

### **Marco Mariani**

Avvocato del foro di Firenze, Partner “Studio legale associato Catte Mariani”  
Coordinamento, Artt. 2, 218 , 219, 220

### **Martina Alò**

Avvocato in Roma, Studio Legale “Fraccastoro”  
Artt. 100-105

### **Angelo Annibali**

Avvocato in Roma, Studio Legale “AOR Avvocati”  
Artt. 1, 28

### **David Benedetti**

Avvocato del foro di Firenze  
Artt. 35-41, 43

### **Brunella Bruno**

Magistrato Amministrativo  
Artt. 159-163, 204

### **Enrico Campagnano**

Avvocato del foro di Roma  
Artt. 17-20, 164-191

### **Miriam Del Pace**

Avvocato del foro di Arezzo  
Artt. 194-199



**Denis De Sanctis**

Avvocato Amministrativista in Firenze  
Artt. 21-27, 152-158

**Cinzia Di Marco**

Avvocato in Roma  
Artt. 54-58

**Tommaso D'Onza**

Avvocato in Firenze, esperto in appalti pubblici  
Artt. 192-193

**Antonietta Favale**

Avvocato in Roma, Studio Legale "Legal Research"  
Artt. 205-211

**Marcello Faviere**

Direttore UO audit e compliance ESTAR Toscana, Presidente ARTE-Associazione Regionale Umbria e Toscana dei Provveditori ed Economi della sanità  
Artt. 216-217

**Antonino Fortuna**

Segretario Generale Libero Consorzio Comunale di Siracusa  
Artt. 66-76

**Annalisa Ghiribelli**

Dirigente amministrativo azienda USL Toscana centro  
Artt. 4, 5, 114-151

**Enzo Marasà**

Avvocato del foro di Bergamo esperto di diritto UE e antitrust e *Counsel* presso "Orsingher Ortu -Avvocati Associati"  
Artt. 8

**Carlo Augusto Melis Costa**

Avvocato amministrativista e cassazionista  
Artt. 3, 6, 7, 9-16

**Andrea Napoleone**

Avvocato presso Direzione legale ANAS SpA, Dottore di ricerca in diritto amministrativo  
Artt. 29, 42, 53, 106-110, 200-203, 212-215



**Vito Sciancalepore**

Avvocato

Artt. 77-93, 94-99

**Andrea Ruffini**

Avvocato in Roma, Studio Legale “AOR Avvocati”

Artt. 30-34

**Emilio Toma**

Avvocato del foro di Bari

Artt. 44-52

**Francesca Vadi**

Avvocato del foro di Firenze

Artt. 59-65

**Matteo Valente**

Avvocato in Roma, Studio Legale “Brugnoletti & Associati”

Artt. 111-113



## **Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50**

**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**

(G.U. 19 aprile 2016, n. 91)



**PARTE I**  
**AMBITO DI APPLICAZIONE, PRINCIPI, DISPOSIZIONI COMUNI ED**  
**ESCLUSIONI**

**TITOLO I**  
**PRINCIPI GENERALI E DISPOSIZIONI COMUNI**

**Articolo 1**  
***Oggetto e ambito di applicazione***

---

1. Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.

2. Le disposizioni del 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 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).

c) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici;

d) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice;

e) lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il titolo presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 60 o 61. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori.

L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza.

3. Ai soggetti di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e), non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113. In relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo. Alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, si applica la disciplina prevista dai Testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica. Alle medesime società e agli enti aggiudicatori che affidino lavori, servizi, forniture, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e), numero 1), qualora ai sensi dell'articolo 28 debbano trovare applicazione le disposizioni della parte II ad eccezione di quelle relative al titolo VI, capo I, non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici che concedono le sovvenzioni di cui al comma 2, lettere a) e b), assicurano il rispetto delle disposizioni del presente codice qualora non aggiudichino esse stesse gli appalti sovvenzionati o quando esse aggiudichino tali appalti in nome e per conto di altri enti.

5. Il provvedimento che concede il contributo di cui al comma 2, lettere a) e b), deve porre come condizione il rispetto, da parte del soggetto beneficiario, delle disposizioni del presente codice. Fatto salvo quanto previsto dalle eventuali leggi che prevedono le sovvenzioni, il 50 per cento delle stesse può essere erogato solo dopo l'avvenuto affidamento dell'appalto, previa verifica, da parte del sovvenzionatore, che la procedura di affidamento si è svolta nel rispetto del presente codice. Il mancato rispetto del presente codice costituisce causa di decadenza dal contributo.

6. Il presente codice si applica ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, ad eccezione dei contratti:

a) che rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208;

b) ai quali il decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, non si applica in virtù dell'articolo 6 del medesimo decreto.

7. Il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale adotta, previo accordo con l'ANAC, direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, tenuto conto dei principi fondamentali del presente codice e delle procedure applicate dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte. Resta ferma l'applicazione del presente codice alle procedure di affidamento svolte in Italia. Fino all'adozione delle direttive generali di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 28.

8. I riferimenti a nomenclature nel contesto degli appalti pubblici e nel contesto dell'aggiudicazione di concessioni sono effettuati utilizzando il «Vocabolario comune per gli appalti pubblici» (CPV) adottato dal regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio.

---



Commento di  
**Angelo Annibali**

SOMMARIO: 1. Art. 1. Oggetto ed ambito di applicazione.

### 1. Art. 1. Oggetto ed ambito di applicazione

L'art. 1 definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione del codice, recependo gli artt. 1, 13 e 23 della Direttiva 2014/24, gli artt. 1 e 21 della Direttiva 2014/25, nonché gli artt. 1 e 27 della Direttiva 2014/23.

La norma in commento attribuisce al codice una portata applicativa di carattere generale, estendendo l'applicazione delle norme codicistiche anche ai contratti di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, oltre che, mutuando i contenuti della disciplina di cui al previgente art. 32, d.lgs. n. 163/2006, ai contratti di appalto aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché ai concorsi di progettazione.

L'articolo in commento deve comunque essere letto in combinato disposto con gli artt. da 4 a 20, i quali indicano in maniera puntuale e tassativa i contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle disposizioni codicistiche.

Si rilevano comunque ulteriori e significative novità rispetto alla abrogata normativa.

Le norme contenute nel nuovo codice, infatti, trovano applicazione anche riguardo i lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati che assumono l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale dei contributi previsti dall'art. 16, d.p.r. n. 380/2001 e s.m.i. «*in regime di convenzione*». Mentre per le opere di urbanizzazione eseguite direttamente a scomputo (totale o parziale), il codice trova sempre e comunque applicazione, a prescindere se l'importo dei lavori è pari o superiore alle soglie comunitarie.

Così come trovano applicazione, per gli importi sopra il milione di Euro, solo per i lavori di **genio civile** di cui all'allegato 1.

Si segnala che, rispetto alla previgente disciplina, non vi è più l'obbligo di far ricorso al codice per gli appalti di servizi, affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi di importo pari o superiore a 200.000 euro, connessi ad un appalto di lavori relativo ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche.

È rimasta, invece, la previsione di bandire una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato delle società miste a partecipazione pubblico privata costituite per la realizzazione di un'opera pubblica o per la gestione di un servizio di interesse generale<sup>1</sup>.

Viene inoltre specificato che per le società con capitale pubblico, anche non mag-

---

<sup>1</sup> Ora previsto all'art. 5, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.

gioritaria (che non sono organismo di diritto pubblico), trova applicazione la disciplina prevista per i Testi Unici in materia di servizi di interesse economico generale e di società a partecipazione pubblica.

Ed ancora, è espressamente prevista, poi, l'applicazione delle norme codicistiche anche ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, fatta eccezione per quelli rientranti nell'alveo di applicazione del d.lgs. n. 208/2011 e s.m.i., ossia nei settori della difesa e sicurezza<sup>2</sup>.

Il legislatore ha poi demandato al Ministero degli Affari Esteri il compito di dettare, d'intesa con l'ANAC, le direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero.

#### Box novità – Art. 1

- ✓ Esteso l'ambito di applicazione del codice anche alle concessioni;
- ✓ Chiarito l'ambito di applicazione delle disposizioni codicistiche anche nei settori della difesa e della sicurezza, fatta eccezione per quelli disciplinati dal d.lgs. n. 208/2011;
- ✓ Esteso l'ambito di applicazione del codice anche ai lavori pubblici da realizzarsi ad opera dei privati che eseguono le opere di urbanizzazione in regime di convenzione;
- ✓ Viene specificato che per le società con capitale pubblico, anche non maggioritaria (che non sono organismo di diritto pubblico), trova applicazione la disciplina prevista per i Testi Unici in materia di servizi di interesse economico generale e di società a partecipazione pubblica
- ✓ Esclusa l'applicabilità delle norme del codice per gli appalti di servizi, affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi di importo pari o superiore a 200.000 euro, connessi ad un appalto di lavori relativo ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche.

---

<sup>2</sup> «Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE», pubblicato in *GURI* n. 292 del 16 dicembre 2011.

## Articolo 2

### **Competenze legislative di Stato, regioni e province autonome**

---

1. Le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto.

2. Le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione.

3. Le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione.

---

Commento di  
**Marco Mariani**

In materia di riparto di competenze legislative, il testo finale ha recepito una delle possibili opzioni suggerite dal parere del Consiglio di Stato del 21 marzo-1° aprile 2016, nel quale si sono espresse forti perplessità sull'opportunità di disciplinare in modo dettagliato gli ambiti di competenza legislativa esclusiva e concorrente, alla vigilia del referendum costituzionale confermativo sulla novella costituzionale che incide anche sul titolo V della Costituzione e sul riparto di competenze legislative in materia di contratti pubblici<sup>1</sup>.

Di qui la opportunità di espungere ogni formulazione generale sul riparto di competenze in quanto ciò compete al legislatore costituzionale e non a quello ordinario. In tal senso si era orientata la preferenza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, auspicando, in via subordinata, «l'uso di una **terminologia neutrale e flessibile** che lo renda compatibile sia con il vigente art. **117 Cost.** che con quello in itinere». La scelta finale del Governo è stata nel senso di mantenere una formulazione al tempo stesso generale e «ibrida».

Si tratta di una soluzione che ovviamente rinvia (ad altra fonte e ad altro momento) la soluzione dei molti problemi afferenti la delimitazione dei confini fra legislatore statale e gli altri soggetti dotati di autonomia legislativa di rango primario (regioni e province autonome).

Il tema è da sempre caratterizzato da una notevole vastità e trasversalità dipendenti

---

<sup>1</sup> Il riferimento è alla legge costituzionale (C 2613 D) recante "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione", pubblicato sulla *Gazz. Uff.*, serie generale, n. 88 del 15 aprile 2016.

sia dal gran numero di settori interessati (talvolta così specifici da dar luogo a veri e propri microsistemi) e dalla numerosità dei legislatori con competenze in materia (Stato, cinque regioni a statuto speciale, due province autonome e quindici regioni a statuto ordinario).

La Corte costituzionale ha chiarito i criteri che reggono il riparto di competenze legislative:

- l'autoqualificazione operata dallo stesso legislatore ordinario è priva di rilevanza;
- l'individuazione della materia non deve basarsi sugli aspetti marginali e riflessi, bensì sull'oggetto o sulla disciplina da esso stabilita, sulla base della sua *ratio*;
- nel caso di concorso di competenze legislative riferibili a differenti livelli istituzionali, occorre affermare l'esistenza della potestà legislativa in capo ad un solo soggetto in base al criterio della «prevalenza»;
- qualora sia impossibile individuare l'ambito prevalente, in via residuale si riassume il principio di leale collaborazione, che prevede nella fase attuativa l'individuazione di forme adeguate di coinvolgimento di tutti i livelli istituzionali interessati.

Sono pertanto condivisibili le ragioni che hanno condotto il Governo a limitarsi, in buona sostanza, a fare un prudente rinvio dinamico al riparto di competenze legislative disposto dall'art. 117 Cost.:

- allo Stato spettano tutte le competenze legislative in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto;
- le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione;
- le regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale indicate all'art. 117 Cost.

#### Box novità – Art. 2

- ✓ Il nuovo codice ha adottato una formulazione più sintetica e neutrale, sostanzialmente di mero rinvio alle previsioni della Costituzione.

## Articolo 3

### **Definizioni**

---

1. Ai fini del presente codice si intende per:

a) «amministrazioni aggiudicatrici», le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti;

b) «autorità governative centrali», le amministrazioni aggiudicatrici che figurano nell'allegato III e i soggetti giuridici loro succeduti;

c) «amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali», tutte le amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali;

d) «organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV:

1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

2) dotato di personalità giuridica;

3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

e) «enti aggiudicatori», ai fini della disciplina di cui alla:

1) parte II del presente codice, gli enti che:

1.1. sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121;

1.2. pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente;

2) parte III del presente codice, gli enti che svolgono una delle attività di cui all'allegato II ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività, quali:

2.1. le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti;

2.2. le imprese pubbliche di cui alla lettera t) del presente comma;

2.3. gli enti diversi da quelli indicati nei punti 2.1 e 2.2, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui all'allegato II. Gli enti cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi non costituiscono «enti aggiudicatori» ai sensi del presente punto 2.3;

f) «soggetti aggiudicatori», ai soli fini della parte IV, le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a), gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e) nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi, di cui alla citata parte IV;

g) «altri soggetti aggiudicatori», i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice;

h) «joint venture», l'associazione tra due o più enti, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale o finanziaria;

i) «centrale di committenza», un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie;

l) «attività di centralizzazione delle committenze», le attività svolte su base permanente riguardanti:

1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;

2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;

m) «attività di committenza ausiliarie», le attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti:

1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;

2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;

3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;

4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;

n) «soggetto aggregatore», le centrali di committenza iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89;

o) «stazione appaltante», le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a) gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e), i soggetti aggiudicatori di cui alla lettera f) e gli altri soggetti aggiudicatori di cui alla lettera g);

p) «operatore economico», una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi;

q) «concessionario», un operatore economico cui è stata affidata o aggiudicata una concessione;

r) «promotore», un operatore economico che partecipa ad un partenariato pubblico privato;

s) «prestatore di servizi in materia di appalti», un organismo pubblico o privato che offre servizi di supporto sul mercato finalizzati a garantire lo svolgimento delle attività di committenza da parte dei soggetti di cui alle lettere a), b), c), d) ed e);

t) «imprese pubbliche», le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;

2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;

3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa;

u) «raggruppamento temporaneo», un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta;

v) «consorzio», i consorzi previsti dall'ordinamento, con o senza personalità giuridica;

z) «impresa collegata», qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma degli articoli 25 e seguenti del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, e successive modificazioni. Nel caso di enti cui non si applica il predetto decreto legislativo, per «impresa collegata» si intende, anche alternativamente, qualsiasi impresa:

1) su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante; oppure che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore;

2) che, come l'ente aggiudicatore, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne;

aa) «microimprese, piccole e medie imprese», le imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003. In particolare, sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro;

bb) «candidato», un operatore economico che ha sollecitato un invito o è stato invitato a partecipare a una procedura ristretta, a una procedura competitiva con negoziazione, a una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, a un dialogo competitivo o a un partenariato per l'innovazione o ad una procedura per l'aggiudicazione di una concessione;

cc) «offerente», l'operatore economico che ha presentato un'offerta;

dd) «contratti» o «contratti pubblici», i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti;

ee) «contratti di rilevanza europea», i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e che non rientrano tra i contratti esclusi;

ff) «contratti sotto soglia», i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è inferiore alle soglie di cui all'articolo 35;

gg) «settori ordinari», i settori dei contratti pubblici, diversi da quelli relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come disciplinati dalla parte II del presente codice, in cui operano le stazioni appaltanti;

hh) «settori speciali» i settori dei contratti pubblici relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come disciplinati dalla parte II del presente codice;

ii) «appalti pubblici», i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi;

ll) «appalti pubblici di lavori», i contratti stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici aventi per oggetto:

1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I;

2) l'esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera;

3) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera;

mm) «scritto o per iscritto», un insieme di parole o cifre che può essere letto, riprodotto e poi comunicato, comprese le informazioni trasmesse e archiviate con mezzi elettronici;

nn) «lavori» di cui all'allegato I, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ri-

strutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere;

oo) «lavori complessi», i lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali;

pp) «opera», il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle di difesa e di presidio ambientale, di presidio agronomico e forestale, paesaggistica e di ingegneria naturalistica;

qq) «lotto funzionale», uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti;

rr) «opere pubbliche incompiute», opere pubbliche incompiute di cui all'articolo 44-bis del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, nonché di cui al decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 13 marzo 2013, n. 42;

ss) «appalti pubblici di servizi», i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lettera ll);

tt) «appalti pubblici di forniture», i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione;

uu) «concessione di lavori», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere;

vv) «concessione di servizi», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi;

zz) «rischio operativo», il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile;

aaa) «rischio di costruzione», il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera;

bbb) «rischio di disponibilità», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;

ccc) «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che



il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa;

ddd) «concorsi di progettazione», le procedure intese a fornire alle stazioni appaltanti, nel settore dell'architettura, dell'ingegneria, del restauro e della tutela dei beni culturali e archeologici, della pianificazione urbanistica e territoriale, paesaggistica, naturalistica, geologica, del verde urbano e del paesaggio forestale agronomico, nonché nel settore della messa in sicurezza e della mitigazione degli impatti idrogeologici ed idraulici e dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base a una gara, con o senza assegnazione di premi;

eee) «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat;

fff) «equilibrio economico e finanziario», la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento;

ggg) «locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità», il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori;

hhh) «contratto di disponibilità», il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti;

iii) «accordo quadro», l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste;

lll) «diritto esclusivo», il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati, avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività;

mmm) «diritto speciale», il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a due o più operatori economici l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività;

nnn) «profilo di committente», il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal presente codice, nonché dall'allegato V;

ooo) «documento di gara», qualsiasi documento prodotto dalle stazioni appaltanti o al quale le stazioni appaltanti fanno riferimento per descrivere o determinare elementi dell'appalto o della procedura, compresi il bando di gara, l'avviso di preinformazione, nel caso in cui sia utilizzato come mezzo di indizione di gara, l'avviso periodico indicativo o gli avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione, le specifiche tecniche, il documento descrittivo, le condizioni contrattuali proposte, i modelli per la presentazione di documenti da parte di candidati e offerenti, le informazioni sugli obblighi generalmente applicabili e gli eventuali documenti complementari;

ppp) «documento di concessione», qualsiasi documento prodotto dalle stazioni appaltanti o al quale la stazione appaltante fa riferimento per descrivere o determinare gli elementi della concessione o della procedura, compresi il bando di concessione, i requisiti tecnici e funzionali, le condizioni proposte per la concessione, i formati per la presentazione di documenti da parte di candidati e offerenti, le informazioni sugli obblighi generalmente applicabili e gli eventuali documenti complementari;

qqq) «clausole sociali», disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie;

rrr) «procedure di affidamento» e «affidamento», l'affidamento di lavori, servizi o forniture o incarichi di progettazione mediante appalto; l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione; l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee;

sss) «procedure aperte», le procedure di affidamento in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta;

ttt) «procedure ristrette», le procedure di affidamento alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice;

uuu) «procedure negoziate», le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto;

vvv) «dialogo competitivo», una procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura;

zzz) «sistema telematico», un sistema costituito da soluzioni informatiche e di telecomunicazione che consentono lo svolgimento delle procedure di cui al presente codice;

aaaa) «sistema dinamico di acquisizione», un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione;

bbbb) «mercato elettronico», uno strumento di acquisto e di negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica;

cccc) «strumenti di acquisto», strumenti di acquisizione che non richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di acquisto:

1) le convenzioni quadro di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da CONSIP S.p.A. e dai soggetti aggregatori;

2) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza quando gli appalti specifici vengono aggiudicati senza riapertura del confronto competitivo;

3) il mercato elettronico realizzato da centrale di committenza nel caso di acquisti effettuati a catalogo;

dddd) «strumenti di negoziazione», strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di negoziazione:

1) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza nel caso in cui gli appalti specifici vengono aggiudicati con riapertura del confronto competitivo;

2) il sistema dinamico di acquisizione realizzato da centrali di committenza;

3) il mercato elettronico realizzato da centrali di committenza nel caso di acquisti effettuati attraverso confronto concorrenziale;

4) i sistemi realizzati da centrali di committenza che comunque consentono lo svolgimento delle procedure ai sensi del presente codice;

eeee) «strumenti telematici di acquisto» e «strumenti telematici di negoziazione», strumenti di acquisto e di negoziazione gestiti mediante un sistema telematico;

ffff) «asta elettronica», un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi modificati al ribasso o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico;

gggg) «amministrazione diretta», le acquisizioni effettuate dalle stazioni appaltanti con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento;

hhhh) «ciclo di vita», tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione;

iiii) «etichettatura», qualsiasi documento, certificato o attestato con cui si conferma che i lavori, i prodotti, i servizi, i processi o le procedure in questione soddisfano determinati requisiti;

llll) «requisiti per l'etichettatura», i requisiti che devono essere soddisfatti dai lavori, prodotti, servizi, processi o procedure allo scopo di ottenere la pertinente etichettatura;

mmmm) «fornitore di servizi di media», la persona fisica o giuridica che assume la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e ne determina le modalità di organizzazione;

nnnn) «innovazione», l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o che ha subito significativi miglioramenti tra cui quelli relativi ai processi di produzione, di edificazione o di costruzione o quelli che riguardano un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne;

oooo) «programma», una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento nell'ambito di un palinsesto o di un catalogo stabilito da un fornitore di servizi di media la cui forma e il cui contenuto sono comparabili alla forma e al contenuto della radiodiffusione televisiva. Sono compresi i programmi radiofonici e i materiali ad essi associati. Non si considerano programmi le trasmissioni meramente ripetitive o consistenti in immagini fisse;

pppp) «mezzo elettronico», un mezzo che utilizza apparecchiature elettroniche di elaborazione, compresa la compressione numerica, e di archiviazione dei dati e che utilizza la

diffusione, la trasmissione e la ricezione via filo, via radio, attraverso mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici;

qqqq) «rete pubblica di comunicazioni», una rete di comunicazione elettronica utilizzata interamente o prevalentemente per fornire servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico che supporta il trasferimento di informazioni tra i punti terminali di reti;

rrrr) «servizio di comunicazione elettronica», i servizi forniti, di norma a pagamento, consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti; sono inoltre esclusi i servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica;

ssss) «AAP», l'accordo sugli appalti pubblici stipulato nel quadro dei negoziati multilaterali dell'*Uruguay Round*;

tttt) «Vocabolario comune per gli appalti pubblici», CPV (*Common Procurement Vocabulary*), la nomenclatura di riferimento per gli appalti pubblici adottata dal regolamento (CE) n. 2195/2002, assicurando nel contempo la corrispondenza con le altre nomenclature esistenti;

uuuu) «codice», il presente decreto che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture;

vvvv) «servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici», i servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2005/36/CE.

zzzz) «categorie di opere generali» le opere e i lavori caratterizzati da una pluralità di lavorazioni indispensabili per consegnare l'opera o il lavoro finito in ogni sua parte;

aaaa) «categorie di opere specializzate» le lavorazioni che, nell'ambito del processo realizzativo dell'opera o lavoro necessitano di una particolare specializzazione e professionalità;

bbbb) «opere e lavori puntuali» quelli che interessano una limitata area di territorio;

cccc) «opere e lavori a rete» quelli che, destinati al movimento di persone e beni materiali e immateriali, presentano prevalente sviluppo unidimensionale e interessano vaste estensioni di territorio;

dddd) «appalto a corpo» qualora il corrispettivo contrattuale si riferisce alla prestazione complessiva come eseguita e come dedotta dal contratto;

eeee) «appalto a misura» qualora il corrispettivo contrattuale viene determinato applicando alle unità di misura delle singole parti del lavoro eseguito i prezzi unitari dedotti in contratto;

ffff) «aggregazione», accordo fra due o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori per la gestione comune di alcune o di tutte le attività di programmazione, di progettazione, di affidamento, di esecuzione e di controllo per l'acquisizione di beni, servizi o lavori;

gggg) «lotto prestazionale», uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

---

Commento di  
**Carlo Augusto Melis Costa**

Fin da subito il nuovo codice degli appalti, emanato in attuazione della legge delega, si è presentato come uno strumento complesso, nato con l'ambizione di costituire un nuovo sistema normativo della materia e di consacrare in qualche modo la fuoriuscita dalla legislazione emergenziale che ha contraddistinto, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello processuale, il campo da un ventennio. Con tale ambizione a essere sistema ed allo stesso tempo essere parte di un sistema più vasto, la riforma ha sempre teso alla organicità. Non, quindi, una mera «riforma» né una novellazione di fonti precedenti, ma piuttosto uno strumento del tutto nuovo, con organizzazione interna del tutto nuova e con principi enunciati nella parte generale.

Tale struttura richiede, innanzitutto, che la nuova normativa definisca da se compiti, portata e scopo. E se l'art. 1 (non a caso nominato «Oggetto e ambito di applicazione»), nel recepire gli artt. 1, 13 e 23 della Direttiva 2014/24/UE, 1 e 41 della Direttiva 2014/25/UE nonché 1 e 27 della Direttiva 2014/23/UE, definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione del codice, l'art. 2, delinea il riparto delle competenze legislative di Stato, regioni e province autonome, intendendosi collegare in questo modo con la riforma delle autonomie e degli enti locali.

Ma è l'art. 3 (denominato «Definizioni»), che nel recepire gli artt. 2, 33, par. 1 della Direttiva 2014/24/UE, 2, 3, 4, 29, par. 1, 51, par. 1 della Direttiva 2014/25/UE, 5, 6, 7 e 13, par. 1 della Direttiva 2014/23/UE, enuncia le definizioni contemplate nel codice; raccordandosi inoltre con le definizioni derivanti direttive europee, ed adeguandolo alle esigenze dell'ordinamento interno, intendendo eliminare così ogni ambiguità terminologica o concettuale tra fonti nazionali e sovranazionali.

In un intento di ratificazione e catalogazione di quanto di nuovo venuto ad esistenza dal punto legislativo e contrattuale dall'emanazione della precedente normativa organica, si tiene conto delle nuove definizioni, tra cui, quella di *joint venture*, quale associazione tra due o più enti, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale e/o finanziaria.

Si segnala, inoltre, che per la prima volta vengono introdotte le definizioni di: partenariato pubblico privato, lavori complessi e opere incompiute, rischio operativo, rischio di costruzione, rischio di disponibilità, rischio di domanda. Con questi inserimenti viene introdotta una nuova prospettiva che non deve essere affatto sottovalutata; infatti, da subito il compilatore intende ribadire che nell'ottica del nuovo codice può e deve tenersi conto degli elementi suscettibili di condizionare il rischio di impresa. In tale modo, lo stesso legislatore codifica e definisce tali elementi, in una ottica marcatamente contrattuale.

Inoltre, «tipizzando» figure, quali la *joint venture*, la si inserisce a pieno titolo nel novero delle figure contrattuali, di modo da poterne individuare specifiche (e non solo generiche, ricavabili dal sistema) caratteristiche e normative.

## TITOLO II

### CONTRATTI ESCLUSI IN TUTTO O IN PARTE DALL'AMBITO DI APPLICAZIONE

#### Articolo 4

##### ***Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi***

---

1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

---

#### Articolo 5

##### ***Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico***

---

1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

2. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

3. Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudica-

cato l’appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

4. Un’amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di controllo congiunto.

5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell’ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l’accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell’ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;

b) l’attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all’interesse pubblico;

c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

7. Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull’attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l’aggiudicazione dell’appalto o della concessione.

8. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell’attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull’attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell’attività, che la misura dell’attività è credibile.

9. Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un’opera pubblica o per l’organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica.

---

Commento di  
**Annalisa Ghiribelli**

SOMMARIO: 1. Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi. – 2. Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico.

### 1. Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi

L'art. 4 (Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi), in analogia all'art. 27, d.lgs. n. 163/2006, dispone che l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del nuovo codice, deve comunque avvenire nel rispetto dei principi di **economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità**. Si tratta di una disposizione a carattere generale che sottopone anche i contratti esclusi dall'applicazione del codice ai principi comunitari comuni che governano i settori ordinari. Rispetto al (pre)vigente art. 27, si rileva una maggiore ampiezza, in quanto non si impone l'onere di consultare almeno cinque operatori economici prima dell'affidamento.

Il Consiglio di Stato, nel suo parere, ha rilevato come *«sarebbe preferibile – anche in coerenza con il criterio di delega di cui alla lettera ii), in materia di contratti sottosoglia, e in funzione di prevenzione di possibili comportamenti illeciti e anticorrottivi – onerare le stazioni appaltanti, se compatibile con l'oggetto del contratto, della consultazione di un numero minimo di operatori economici, prima dell'affidamento, trattandosi di contratti che possono essere di importo rilevante»*. Non si tratterebbe, infatti di *gold plating*, ma di una disposizione introdotta a favore della concorrenza di maggiore trasparenza, anche in funzione preventiva di comportamenti corruttivi<sup>1</sup>. Il legislatore, nella versione del testo definitivamente approvata il 15 aprile 2016, non ha tenuto conto del rilievo e non lo ha recepito nel testo.

La norma in commento esprime un principio – applicabile ai contratti pubblici esclusi dall'applicazione integrale del codice – secondo cui è necessario che la scelta del contraente sia preceduta da un procedimento di valutazione comparativa concorrenziale. L'art. 4 codifica, dunque, un orientamento dal quale scaturisce la necessità che la scelta del contraente sia conseguente ad una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal Trattato e dalle disposizioni comunitarie, in modo da consentire alle imprese interessate di esplicitare le proprie *chances* partecipative, anche attraverso idonee forme di pubblicità. Così come nell'art. 27, d.lgs. n. 163/2006, neppure nella attuale formulazione dell'art. 4 viene evidenziato il principio di pubblicità che, in ogni caso, deve essere tenuto in adeguata considerazione da parte delle Stazioni Appaltanti ed enti aggiudicatori.

---

<sup>1</sup> Sul punto ricordiamo come nella precedente formulazione dell'art. 27, d.lgs. n. 163/2006 era prevista la consultazione di almeno cinque operatori economici.



## 2. Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell’ambito del settore pubblico

L’art. 5 (Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell’ambito del settore pubblico), recependo gli artt. 12 e 13 della Direttiva 2015/24/UE, 28 della Direttiva 2015/25/UE e 17 della Direttiva 2014/23/UE, esclude dall’ambito di applicazione del codice gli affidamenti *in house* effettuati nell’ambito del settore pubblico, (cosiddetto partenariato pubblico-pubblico). L’articolo in questione attua le generali previsioni dall’art. 17 della Direttiva 2014/23/UE sulle concessioni, dall’art. 12 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e dall’art. 28 della Direttiva 2014/25/UE sugli appalti pubblici nei settori speciali, disposizioni di eguale tenore e finalità, recanti una disciplina di principio che tratteggia solo nelle sue linee essenziali le caratteristiche salienti e, per così dire, il minimo comun denominatore del vasto e complesso fenomeno dell’*in house*. In particolare precisa i presupposti necessari ai fini della qualificazione dell’*in house*, in linea con quanto previsto dalla legislazione italiana in materia di società a partecipazione pubblica e con quanto espressamente previsto nelle citate Direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/25/UE, e cioè quando:

a) un’amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

b) oltre l’80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

La norma è innovativa rispetto alle previsioni vigenti, nella parte in cui prevede la partecipazione di capitali privati e recepisce quindi pienamente la disciplina europea anche tenendo conto della giurisprudenza del Consiglio di Stato che nel parere n. 298/2015 aveva considerato, relativamente alla partecipazione di capitali privati, la direttiva europea come *self executing* e, pertanto, direttamente applicabile.

Si prevede, inoltre, che il nuovo codice non si applica, qualora sussistano tutte le condizioni precedenti, anche nel caso dell’«*in house* rovesciato» ovvero quando la persona giuridica controllata aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all’ente controllante e nel caso dell’«*in house* a cascata» ovvero quando la persona giuridica controllata aggiudica ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore.

Poiché ulteriore disciplina dell’*in house* è rinvenibile all’art. 192 il quale costituisce specifica attuazione di ulteriori criteri contenuti nella legge delega, il Consiglio di Stato nel suo parere ha suggerito un accorpamento dei due articoli, rilevando la portata generale dell’art. 192.

Ha altresì raccomandato il raccordo delle disposizioni in esame con la disciplina generale delle società pubbliche affidata all'attuazione della specifica delega di cui all'art. 18, legge n. 124/2015 mediante apposito decreto legislativo, il cui schema recante «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» è stato approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 20 gennaio 2016.

In particolare l'art. 4, dello schema di decreto legislativo citato, nell'elencare le finalità che giustificano la costituzione o partecipazione a società da parte di amministrazioni pubbliche, indica anche *«l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento»* (art. 4, comma 1, lett. d) dello schema).

Si rileva, nell'art. 5, comma 1, lett. c), a proposito delle forme di partecipazione del capitale privato alla società *in house*, una incoerenza tra il recepimento nazionale e le corrispondenti previsioni delle direttive, nonché con l'art. 16, comma 1, dell'approvando decreto legislativo sulle società pubbliche.

In particolare, gli artt. 12, par. 1, lett. c), Direttiva 24, 17, par. 1, lett. c), Direttiva 23, 28, par. 1, lett. c), Direttiva 25, con identica formulazione dispongono che: *«nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata»*.

Da tale formulazione si evince che spetta ai legislatori nazionali fissare le forme di partecipazione del capitale privato, nel rispetto dei parametri comunitari. A sua volta, l'art. 16, comma 1, dell'emanando d.lgs. sulle società pubbliche, dispone che nelle società *in house* affidatarie in via diretta di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *«non vi è partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prevista da norme di legge»*.

Invece, l'art. 5, comma 1, lett. c), si limita a consentire, in via di eccezione, *«forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata»*. Manca, dunque il riferimento al limite della partecipazione di soci privati fissato dalla legge nazionale.

È auspicabile che tale limite vada inserito, in coerenza con l'art. 16 dell'approvando decreto legislativo sulle società pubbliche, e al fine di lasciare alla legge il compito di delimitare le forme partecipazione di capitale privato alle società sottoposte a controllo pubblico.

Nel testo definitivo approvato non sono state recepite le osservazioni del Consiglio di Stato.

**Box novità – Artt. 4-5**

In materia di **principi generali** (artt. 4 e 5) con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici si rilevano le seguenti principali novità:

- ✓ Non è più previsto l’onere di consultare almeno cinque operatori economici prima dell’affidamento, come previsto dal previgente art. 27.
- ✓ In materia di *in house* (art. 5) è prevista la partecipazione di capitali privati, con pieno recepimento della disciplina europea, tenuto anche conto dell’orientamento del Consiglio di Stato.

## Articolo 6

### ***Appalti nei settori speciali e concessioni aggiudicati ad una joint venture o ad un ente aggiudicatore facente parte di una joint venture***

---

1. In deroga all'articolo 5, a condizione che la joint venture sia stata costituita per le attività oggetto dell'appalto o della concessione per un periodo di almeno tre anni e che l'atto costitutivo preveda che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte almeno per un periodo di pari durata, il codice non si applica agli appalti nei settori speciali e alle concessioni aggiudicate da:

a) una *joint venture*, ovvero una associazione o consorzio o una impresa comune aventi personalità giuridica composti esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere un'attività ai sensi degli articoli da 115 a 121 di cui all'allegato II con un'impresa collegata a uno di tali enti aggiudicatori;

b) un ente aggiudicatore alla *joint venture* di cui fa parte.

2. Gli enti aggiudicatori notificano alla Commissione europea, su richiesta, le seguenti informazioni relative alle imprese di cui all'articolo 3 comma 1, lettera z), secondo periodo:

a) i nomi delle imprese o delle *joint venture* interessate;

b) la natura e il valore degli appalti e delle concessioni considerati;

Gli elementi che la Commissione europea richiede per provare che le relazioni tra l'ente aggiudicatore e l'impresa o la *joint venture* cui gli appalti o le concessioni sono aggiudicati, soddisfano i requisiti di cui al presente articolo e all'articolo 7.

---

## Articolo 7

### ***Appalti e concessioni aggiudicati ad un'impresa collegata***

---

1. In deroga all'articolo 5 e ove siano rispettate le condizioni di cui al comma 2, il presente codice non si applica alle concessioni e agli appalti nei settori speciali aggiudicati da un ente aggiudicatore a un'impresa collegata o da una *joint venture*, composta esclusivamente da più enti aggiudicatori per svolgere attività descritte agli articoli da 115 a 121 e di cui all'allegato II a un'impresa collegata a uno di tali enti aggiudicatori.

2. Il comma 1 si applica agli appalti e alle concessioni di servizi e di lavori nonché agli appalti di forniture, purché almeno l'80 per cento del fatturato totale realizzato in media dall'impresa collegata negli ultimi tre anni, tenendo conto di tutti i servizi, lavori e forniture prestati da tale impresa, provenga dalle prestazioni rese all'ente aggiudicatore o alle altre imprese cui è collegata.

3. Se, a causa della data della costituzione o di inizio dell'attività dell'impresa collegata, il fatturato degli ultimi tre anni non è disponibile, l'impresa ha l'onere di dimostrare, in base a proiezioni dell'attività, che probabilmente realizzerà il fatturato di cui al comma 2.

4. Se più imprese collegate all'ente aggiudicatore con il quale formano un gruppo economico forniscono gli stessi o simili servizi, forniture o lavori, le percentuali sono calcolate tenendo conto del fatturato totale derivante dalla prestazione dei servizi o l'esecuzione dei lavori, per ciascuna di tali imprese collegate.

---

Commento di  
**Carlo Augusto Melis Costa**

L'art. 6 (denominato «Appalti e concessioni aggiudicati ad una joint venture o ad un ente aggiudicatore facente parte di una joint venture») conferma esattamente l'intento tipizzatore annunciato all'art. 3.

In tale articolo vengono infatti recepite le disposizioni comuni alle Direttive 2014/25/UE e 2014/23/UE (artt. 14 e 15, Direttiva 23; artt. 30 e 31, Direttiva 25).

Viene prevista una peculiare disciplina per l'esclusione dall'ambito di applicazione del codice delle concessioni e gli appalti, aggiudicati, nei settori speciali, ad una joint venture o ad un ente aggiudicatore facente parte di una joint venture.

La joint venture deve essere stata costituita per svolgere le attività oggetto dell'appalto o della concessione per un periodo di almeno tre anni e l'atto costitutivo deve prevedere che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte almeno per un periodo di pari durata.

Detta inoltre importanti regole a tutela della trasparenza elencando, altresì, le informazioni che gli enti aggiudicatori devono notificare alla Commissione europea, su richiesta della stessa.

E questo perché viene ritenuto essenziale acquisire chiaramente ogni informazione circa le relazioni tra l'ente aggiudicatore e l'impresa o la joint venture cui gli appalti o le concessioni sono aggiudicati. Tali informazioni riguardano i nomi delle imprese o joint venture interessate nonché la natura ed il valore degli appalti e delle concessioni considerati.

In tale modo vengono fissati una serie di requisiti non solo formali, ma sufficienti a garantire la trasparenza delle operazioni ed ad evitare quindi ogni forma indebita di commistione. Non deve peraltro stupire l'inserimento strutturale di una norma del genere in prossimità, per così dire, delle enunciazioni definitorie e della parte dedicata ai principi generali.

E questo non solo perché si era in presenza di direttive europee in attesa di recepimento ed adeguamento ormai da diverso tempo, ma anche perché la particolare disciplina della joint venture nell'ambito di alcune situazioni patologiche, come il fallimento o anche una semplice procedura esecutiva, appaiono suscettibili di riverberare pesantemente i loro effetti sulla esecuzione dei lavori.

Non dissimile è la *ratio* posta alla base dell'art. 7 (Appalti e concessioni aggiudicati a un'impresa collegata). che recepisce le disposizioni comuni alle Direttive 2014/25/UE e 2014/23/UE (artt. 29 e 31, Direttiva 25; art. 13, Direttiva 23), stabilisce che, in deroga alla disciplina dell'*in house* di cui all'art. 5, il codice non si debba applicare alle concessioni e agli appalti nei settori speciali aggiudicati da un ente aggiudicatore ad un'impresa collegata oppure aggiudicati da una joint venture, composta da più enti aggiudicatori, per svolgere attività descritte agli articoli relativi a agli appalti nel settore speciale e di cui all'allegato II, ad un'impresa collegata ad uno dei predetti enti aggiudicatori.

La deroga si applica agli appalti e alle concessioni di servizi e di lavori nonché agli

appalti di forniture, purché almeno l'80% del fatturato totale realizzato in media dall'impresa collegata negli ultimi tre anni, tenendo conto di tutti i servizi, lavori e forniture prestati da tale impresa, provenga dalle prestazioni rese all'ente aggiudicatore o alle altre imprese cui è collegata.

Nella norma sono contemplate anche dettagliate modalità di calcolo del fatturato (*Se, a causa della data della costituzione o di inizio dell'attività dell'impresa collegata, il fatturato degli ultimi tre anni non è disponibile, l'impresa ha l'onere di dimostrare in base a proiezioni dell'attività, che probabilmente realizzerà il fatturato di cui al comma 2.*

*Se più imprese collegate all'ente aggiudicatore con il quale formano un gruppo economico forniscono gli stessi o simili servizi, forniture o lavori, le percentuali sono calcolate tenendo conto del fatturato totale derivante dalla prestazione dei servizi o l'esecuzione dei lavori, per ciascuna di tali imprese collegate).* Il che porta direttamente ad individuare il fine della norma ed il significato della sua collocazione tra i primi articoli del codice.

Infatti, l'evoluzione sociale (sia pure, come nel caso della joint venture, già riconosciuta dal WTO) e dei modelli negoziali ha portato a figure dal codice genetico misto, ontologicamente difficili da classificare, e potenzialmente suscettibili di essere causa di situazioni ambigue. Una interpretazione teleologica del tessuto normativo scaturente dagli artt. 6 e 7 (senza dimenticare l'art. 5) rivela appieno l'intento del legislatore, che è per l'appunto quello non solo di ammettere e riconoscere i nuovi modelli negoziali scaturenti dall'evoluzione della società. Ma addirittura di renderli «tipici», affiancando tuttavia una gabbia normativa che ne impedisca un utilizzo meno che trasparente.

## Articolo 8

### ***Esclusione di attività direttamente esposte alla concorrenza***

---

1. Gli appalti destinati a permettere lo svolgimento di un'attività di cui agli articoli da 115 a 121, i concorsi di progettazione organizzati per il perseguimento di tale attività, nonché le concessioni aggiudicate da enti aggiudicatori, non sono soggetti al presente codice se l'attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. L'attività può costituire parte di un settore più ampio o essere esercitata unicamente in determinate parti del territorio nazionale. La valutazione dell'esposizione alla concorrenza ai fini del presente codice viene effettuata dalla Commissione europea, tenendo conto del mercato delle attività in questione e del mercato geografico di riferimento, ai sensi dei commi 2 e 3. Essa lascia impregiudicata l'applicazione della normativa in materia di concorrenza.

2. Ai fini del comma 1, per determinare se un'attività è direttamente esposta alla concorrenza, si tiene conto di criteri conformi alle disposizioni del trattato sul funzionamento dell'Unione europea in materia di concorrenza, tra i quali possono figurare le caratteristiche dei prodotti o servizi interessati, l'esistenza di prodotti o servizi alternativi considerati sostituibili sul versante della domanda o dell'offerta, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei prodotti o servizi in questione.

3. Il mercato geografico di riferimento, sulla cui base viene valutata l'esposizione alla concorrenza, è costituito dal territorio dove le imprese interessate intervengono nell'offerta e nella domanda di prodotti e di servizi, nel quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinto dai territori vicini, in particolare per condizioni di concorrenza sensibilmente diverse da quelle che prevalgono in quei territori. Questa valutazione tiene conto in particolare della natura e delle caratteristiche dei prodotti o servizi in questione, dell'esistenza di ostacoli all'entrata o di preferenze dei consumatori, nonché dell'esistenza, tra il territorio in oggetto e quelli vicini, di differenze notevoli sotto il profilo delle quote di mercato delle imprese o di differenze sostanziali a livello di prezzi.

4. Ai fini del comma 1, sono mercati liberamente accessibili quelli indicati nell'allegato VI per i quali sono stati adottati i provvedimenti attuativi. Se non è possibile presumere il libero accesso a un mercato in base al precedente periodo, si deve dimostrare che l'accesso al mercato in questione è libero di fatto e di diritto.

5. Quando sulla base delle condizioni di cui ai commi 2, 3 e 4 si ritiene che una determinata attività sia direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, il Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro competente per settore, può richiedere alla Commissione europea di stabilire che le disposizioni del presente codice non si applichino all'aggiudicazione di appalti o all'organizzazione di concorsi di progettazione per il perseguimento dell'attività in questione, nonché alle concessioni aggiudicate da enti aggiudicatori, informando la Commissione di tutte le circostanze pertinenti, in particolare delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o degli accordi in relazione al rispetto delle condizioni di cui al comma 1, nonché delle eventuali determinazioni assunte al riguardo dalle Autorità indipendenti competenti. La richiesta può riguardare attività che fanno parte di un settore più ampio o che sono esercitate unicamente in determinate parti del territorio nazionale, se del caso allegando la posizione adottata dalla competente Autorità indipendente.

6. Gli enti aggiudicatori possono chiedere alla Commissione europea di stabilire l'applicabilità del comma 1 ad una determinata attività. Salvo che la richiesta sia corredata da una posizione motivata e giustificata, adottata dalla Autorità indipendente competente, che illustri in modo approfondito le condizioni per l'eventuale applicabilità del citato comma 1, a seguito dell'informazione data dalla Commissione in ordine alla richiesta, l'Autorità di cui al comma 5 comunica alla Commissione le circostanze indicate nel predetto comma.

7. Gli appalti destinati a permettere lo svolgimento dell'attività di cui al comma 1 e i concorsi di progettazione organizzati per il perseguimento di tale attività e le concessioni aggiudicate da enti aggiudicatori non sono più soggetti al presente codice se la Commissione europea:

a) ha adottato un atto di esecuzione che stabilisce l'applicabilità del comma 1, in conformità al comma medesimo entro il termine previsto dall'allegato VII;

b) non ha adottato l'atto di esecuzione entro il termine previsto dall'allegato di cui alla lettera a) del presente comma.

8. La richiesta presentata a norma dei commi 5 e 6 può essere modificata, con il consenso della Commissione europea, in particolare per quanto riguarda le attività o l'area geografica interessate. In tal caso, per l'adozione dell'atto di esecuzione di cui al comma 7, si applica un nuovo termine, calcolato ai sensi del paragrafo 1 dell'allegato VII, salvo che la Commissione europea concordi un termine più breve con l'Autorità o l'ente aggiudicatore che ha presentato la richiesta.

9. Se un'attività è già oggetto di una procedura ai sensi dei commi 5, 6 e 8, le ulteriori richieste riguardanti la stessa attività, pervenute alla Commissione europea prima della scadenza del termine previsto per la prima domanda, non sono considerate come nuove procedure e sono esaminate nel quadro della prima richiesta.

---

Commento di  
**Enzo Marasà**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le attività direttamente esposte alla concorrenza (art. 8).

## 1. Premessa

Il fine della tutela della concorrenza nel mercato interno costituisce la *ratio* fondante della maggior parte delle norme sui pubblici appalti. Capita quindi di dover fare ricorso agli istituti e ai principi elaborati nel campo del **diritto della concorrenza** in senso proprio (c.d. *antitrust*<sup>1</sup>) per interpretare le norme sugli appalti e completarne la disciplina.

In via di principio, le norme antitrust hanno natura imperativa di rango superiore e di portata generale e sono quindi sempre applicabili alle attività economiche, ai rappor-

---

<sup>1</sup> In seguito, per semplicità, il riferimento al diritto antitrust sarà utilizzato per richiamare nel loro complesso gli istituti del TFUE a presidio della concorrenza e della libera circolazione nel mercato interno (cfr. in particolare artt. 49, 56, 101-109) e le corrispondenti norme italiane della legge n. 287/1990 (cfr. in particolare artt. 2, 3 e 8).



ti tra imprese sia pubbliche sia private e alle misure pubbliche che incidono sulle attività economiche<sup>2</sup>. Di contro, il diritto degli appalti ha portata speciale e si applica (solo) ai contratti pubblici di cui all’art. 1 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Poiché le norme antitrust **prevalgono** su quelle incompatibili di rango inferiore, esse fungono da limite, secondo il principio della «interpretazione conforme»<sup>3</sup>, alla discrezionalità operativa del legislatore nazionale, dell’amministrazione e delle imprese pubbliche in materia di appalti<sup>4</sup>. Le norme antitrust, inoltre, possono essere **complementari** alla disciplina degli appalti, laddove questa non sia sufficientemente precisa, o per aspetti non direttamente disciplinati da essa.

È quindi utile comprendere come sono declinate nell’ambito degli appalti pubblici le categorie della «concorrenza» elaborate in ambito antitrust: dalla normativa degli appalti e dalla relativa giurisprudenza si ricava che l’obiettivo di massimizzazione della concorrenza nel settore pubblico si raggiunge attraverso la ricerca della massima partecipazione possibile alle procedure, il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti, non-discriminazione, **proporzionalità**, pubblicità e trasparenza del processo di selezione e l’utilizzo di criteri di aggiudicazione basati rigorosamente sull’«*offerta economicamente più vantaggiosa*»<sup>5</sup>.

Al perseguimento degli obiettivi prettamente concorrenziali si aggiunge poi l’obiettivo di realizzare gli interessi generali e la specifica missione pubblica sottesi al contratto oggetto di aggiudicazione<sup>6</sup>. Ne deriva che nel settore dei pubblici appalti l’obiettivo della massimizzazione della concorrenza può essere piegato al perseguimento di **interessi pubblici generali** in misura più intensa di quanto avviene nel settore privato.

## 2. Le attività direttamente esposte alla concorrenza (art. 8)

L’art. 8 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici<sup>7</sup> **esclude** dal suo ambito di applicazione i contratti di appalto, i concorsi di progettazione e le concessioni che sono strumentali alle reti e alle forniture di acqua, energia, trasporti pubblici e servizi postali, laddove le relative attività siano «*direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente*

---

<sup>2</sup> In base alla giurisprudenza UE e nazionale, le misure statali restrittive della libera concorrenza e del mercato interno sono legittime solo nella misura in cui siano adeguate e strettamente indispensabili (i.e. proporzionate) al raggiungimento di uno specifico obiettivo di interesse generale. Cfr., *ex multis*, caso C-202/88 *France v Commission* (*‘Telecommunications Terminal Equipment’*), par. 22; caso C-338/09 *Yellow Cab Verkehrsbetriebs v Landeshauptmann von Wien*, par. 25; caso C-179/90 *Merci Convenzionale Porto di Genova*.

<sup>3</sup> Cfr., per tutte, Corte di Giustizia CE, 9 marzo 1978, caso 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal*.

<sup>4</sup> Cfr. i Considerando n. 4 della Direttiva 2014/23/UE e 1, 6-7, 30-31, 50, 59, 78-79 della Direttiva 2014/24/UE in combinazione con gli artt. 101-102 e 106 TFUE e 8, legge n. 287/1990.

<sup>5</sup> Cfr. artt. 18, 56 e 67 della Direttiva 2014/24/UE.

<sup>6</sup> Quali il rispetto dell’ambiente, della salute e della sicurezza, dei livelli di occupazione, ecc.

<sup>7</sup> Sostituisce l’art. 219 della vecchia legge.

*accessibili*». La previsione riflette gli artt. 34-35 della Direttiva 2014/25/UE<sup>8</sup>, che sostituiscono, ammodernandolo, l'art. 30 della precedente Direttiva 2014/17/UE.

La *ratio* della norma in esame consiste nel dare la possibilità agli Stati membri di rimuovere i vincoli e le complessità procedurali imposte dalla disciplina dei contratti pubblici nei casi in cui il processo di **liberalizzazione** settoriale, avviato dalle normative europee, sia pienamente compiuto a livello nazionale. A questo fine, il legislatore europeo ha ritenuto opportuno mantenere la procedura di valutazione della piena concorrenzialità dei mercati già prevista nella precedente direttiva – seppure arricchendola con alcuni correttivi – così da permettere un'adeguata ponderazione degli effetti di un'apertura, attuale o futura, alla concorrenza in un quadro di **certezza** del diritto<sup>9</sup>.

A differenza del precedente, il nuovo testo normativo attribuisce più chiaramente alla sola **Commissione europea** il compito di accertare, previa domanda dello Stato membro o di un ente aggiudicatore, se un'attività sia direttamente esposta alla concorrenza, conferendo così alla procedura maggiore oggettività e imparzialità e assicurando **omogeneità** delle condizioni di concorrenza e accesso al mercato in tutta l'Unione. Le autorità indipendenti degli Stati membri<sup>10</sup> – che in base al vecchio testo potevano in certi casi accertare autonomamente la piena concorrenzialità di un mercato, salvo doverla notificare alla Commissione – mantengono il compito di fornire alla Commissione informazioni sui mercati ed esprimere opinioni in merito al livello di esposizione alla concorrenza di determinate attività sul loro territorio; ma la nuova norma non conferisce ad esse il potere di adottare decisioni esecutive autonome sull'esclusione di certe attività dalla disciplina dei contratti pubblici.

Il nuovo testo mantiene inoltre la previsione, già presente nel testo precedente, secondo cui si presumono pienamente concorrenziali le attività che sono state oggetto di una norma europea di liberalizzazione, a condizione che siano stati adottati i provvedimenti attuativi a livello nazionale. Tuttavia, la nuova norma sembra prevedere che in questo caso l'attività possa ritenersi **automaticamente esclusa** dall'applicabilità del codice per il solo scadere del termine entro cui la Commissione deve pronunciarsi al riguardo, essendo stato eliminato il requisito, previsto dalla normativa precedente, che un'amministrazione nazionale indipendente abbia stabilito, con propria decisione, l'applicabilità dell'esclusione.

---

<sup>8</sup> Cfr. anche art. 16 della Direttiva 2014/23/UE per quanto riguarda le concessioni.

<sup>9</sup> Cfr. i punti 43-50 e 138 delle premesse della Direttiva 2014/25/UE.

<sup>10</sup> L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o altre autorità indipendenti di regolazione settoriale.