

Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane

MEMORIA

**Esame del disegno di legge delega di riforma del codice dei contratti pubblici (AS 2330)**

Senato della Repubblica

*8<sup>a</sup> Commissione Lavori pubblici*

## **Premessa**

Il presente documento raccoglie i contributi delle Società del Gruppo FS principalmente interessate (RFI e ANAS) al processo di revisione della contrattualistica pubblica e si articola in due parti: la prima dedicata alla presentazione di proposte di modifica e/o integrazione dei contenuti del DdL n. 2330; la seconda intesa ad anticipare alcuni aspetti che formeranno oggetto della successiva fase di emanazione dei decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici.

Preliminarmente, si vuole richiamare l'attenzione di Codesta Commissione sull'opportunità di valutare la redazione di corpi normativi autonomi dedicati all'affidamento dei contratti nei settori ordinari, nei settori speciali e delle concessioni, aderendo alla scelta operata a monte dal legislatore euro-unitario, il quale - sia nel 2004, con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, sia nel 2014, con le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE - ha optato per discipline distinte, riconoscendo la peculiarità dei settori e ambiti considerati che difficilmente si prestano ad una regolamentazione unitaria e comune. L'unificazione operata dal D.Lgs. n. 50/2016 e la previsione di una parte generale applicabile anche ai settori speciali "*per quanto compatibile*", nella prassi, si è rivelata causa di dubbi interpretativi e applicativi, forieri di contenzioso e di rischi di *gold plating*.

Pertanto, nell'ottica di semplificazione e razionalizzazione della materia, si auspica un ritorno ad un modello di normazione più chiara e snella anche sotto questo profilo.

## **I. Proposte di modifica e/o integrazione dei contenuti del Disegno di Legge Delega in materia di contrattualistica pubblica (DDL n. 2330)**

In relazione al testo del Disegno di Legge Delega per il riordino della disciplina relativa ai contratti pubblici, rileviamo in primo luogo che lo stesso non contiene alcun riferimento alla disciplina dei settori speciali.

Il riordino della disciplina in tema di contratti pubblici non può prescindere dalla necessità di adeguare la normativa interna al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza anche con riferimento ai c.d. “settori speciali”. L’intento di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente passa, infatti, anche per l’esigenza di disciplinare gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, che, per le loro peculiarità soggettive e del mercato nel quale operano, continuano a necessitare di una disciplina *ad hoc* (come espressamente previsto dai Considerando nn. 1 e 2 della Direttiva 25/2014/UE).

In tal senso – al fine di assicurare la stretta aderenza del testo alla normativa comunitaria – si ritiene preferibile impostare un corpo normativo “settori speciali” autonomo rispetto al codice dedicato ai settori ordinari, ciò al fine di garantire una disciplina omogenea ed unitaria, che valorizzi le peculiarità dei settori speciali e sia di più agevole lettura ed interpretazione, evitando continui rimandi e rinvii ad altri testi normativi e/o ad altre parti del medesimo codice.

Tale corpo normativo dovrebbe garantire stretta aderenza al testo della direttiva 2014/25/UE (c.d. Direttiva settori speciali) – che potrebbe essere in larga parte mantenuta inalterata – integrando solo le previsioni che necessitino di una apposita regolamentazione in virtù di specifiche della disciplina nazionale (quali, ad es., sotto soglia, commissioni giudicatrici, clausola sociale, responsabile del procedimento).

Ciò posto in linea generale, si ritiene, quindi, che gli interventi del legislatore delegato con specifico riferimento ai settori speciali dovrebbero riguardare:

- Il riordino e la razionalizzazione della disciplina sotto il profilo soggettivo di applicabilità della normativa di riferimento, con particolare riferimento alla nozione di «impresa pubblica» e di «organismo di diritto pubblico» alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea e delle giurisdizioni interne nazionali, nonché dei soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi;
- Il riordino e la semplificazione della disciplina sotto il profilo oggettivo con particolare riferimento ai criteri per l’individuazione dei contratti esclusi/ estranei all’ambito oggettivo di

applicazione della normativa, chiarendo – sulla scia della giurisprudenza formatasi sul punto – quali siano gli appalti aggiudicati per l'esercizio di una delle attività dei settori speciali che non ricadono nell'ambito di applicazione della normativa pubblicistica.

\*\*\*

Fermo quanto sopra, con riferimento ai singoli principi di delega e criteri direttivi

**1. Art. 1 lett. a):** *“Perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, tenendo conto delle specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, anche con riferimento alla fase esecutiva, nonché di assicurare la riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, con ridefinizione del regime della disciplina secondaria, ove necessario”*

- **Ridefinire la disciplina in materia di contrattualistica pubblica con riferimento sia alla normativa di attuazione (Decreti) che agli atti di indirizzo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione:** il rilevante numero di decreti e atti di indirizzo approvati o da approvare secondo quanto previsto nel D.lgs. 50/16 ha reso necessario un riordino della disciplina ipotizzando, eventualmente, l'approvazione di un Regolamento unico di settore, nonché la rivisitazione del sistema c.d. di soft law connesso all'attività dell'Anac
- **Ridefinire la disciplina sui settori speciali:** valutare l'opportunità e necessità di approvare un decreto *ad hoc* per i settori speciali tenendo conto della loro specificità, di recepimento della direttiva comunitaria 2014/25/UE, così da garantire una disciplina maggiormente organica (senza rinvii a volte di difficile lettura).

**2. Art. 1 lett. c):** *“Semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali”*

- **Inserire espreso rimando ai settori speciali,** in linea con la possibilità che la disciplina per tali affidamenti sia stabilita nei regolamenti adottati dalle imprese pubbliche, nel rispetto dei principi di concorrenzialità;

3. **Art. 1 lett. f):** *“Riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti e all’esecuzione degli appalti, anche attraverso la digitalizzazione e l’informatizzazione delle procedure, il superamento dell’Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici, il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all’interno di ciascuna amministrazione e la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, nonché di quelli relativi al pagamento dei corrispettivi e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all’adozione dello stato di avanzamento dei lavori”*

- **Introdurre il meccanismo della c.d. “inversione delle buste” per tutte le tipologie di gara**, in un’ottica di semplificazione e accelerazione procedurale;
- **Rivedere i requisiti da richiedere in fase di gara nonché la documentazione a comprova degli stessi** (sul punto anche lett. i) del DDL) in un’ottica di maggiore certezza e tassatività;
- **Ridurre le ipotesi di violazioni “a pena di esclusione”** in favore di un più ampio ricorso all’istituto del **soccorso istruttorio**, che in sede comunitaria è caratterizzato da una disciplina molto ampia e subordinato al solo rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza.
- **Implementare lo strumento della digitalizzazione** anche, ove possibile, in fase esecutiva (in relazione, ad esempio, alle verifiche delle attività eseguite);
- **Riordinare la disciplina normativa sui mezzi e strumenti elettronici di modellazione nell’edilizia (BIM)**, quale strumento principale della digitalizzazione, dando coerenza e cogenza alla relativa normativa ad oggi frammentata e contenuta in DM di natura “non regolamentare”;
- **Riordinare e semplificare la disciplina in materia di modifiche contrattuali**, frutto di stratificazione di norme e interpretazioni giurisprudenziali e della dottrina in favore di una maggiore semplificazione e aderenza al testo comunitario.

4. **Art. 1 lett. h):** *“Semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione e l’eventuale riduzione dei livelli di progettazione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti e la razionalizzazione della composizione e dell’attività del Consiglio superiore dei lavori pubblici”*

e

**Art. 1 lett. g):** *“Revisione e semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico, al fine di rendere le relative scelte maggiormente rispondenti ai fabbisogni della comunità, nonché di rendere più celeri e meno conflittuali le procedure finalizzate al raggiungimento dell’intesa fra i diversi livelli territoriali coinvolti nelle scelte stesse”*

- **Esplicitare un generale principio di snellimento** nella fase che precede la gara declinando lo stesso attraverso l'anticipazione della localizzazione dell'opera ad un livello progettuale iniziale (PFTE), anticipando a tale fase anche tutte le necessarie autorizzazioni in ordine alla localizzazione dell'opera, intervenendo altresì sulle tempistiche, necessariamente stringenti, relative ai connessi iter autorizzativi
- **Prevedere** - per quanto di prioritario interesse per RFI - un criterio di rafforzamento dell'efficienza delle semplificazioni procedurali in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto

**5. Art. 1 lett. i):** *“Revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, delle attività effettivamente eseguite e del rispetto della legalità, delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia, alla tutela del lavoro e alla prevenzione e al contrasto della discriminazione di genere, anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gare e considerando la specificità del settore dei beni culturali”*

- **Rivedere i meccanismi di qualificazione degli operatori economici** volti a garantire l'affidabilità dei soggetti non solo in fase di partecipazione alle procedure di gara ma anche in fase esecutiva, così da scongiurare il più possibile gli eventi risolutivi e/o risarcitori del contratto;
- **Rivedere gli adempimenti connessi all'istituto dell'avvalimento**, semplificando e riducendo, in un'ottica di maggiore aderenza al testo normativo comunitario, gli adempimenti in capo al soggetto ausiliario ed all'impresa avvalente;

**6. Art. 1 lett. q):** *“Individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori”*

- **Integrare** il principio con la facoltà di affidamento di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo o del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

**7. Art. 1 lett. u):** *“Estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto”*

- **Estendere i metodi di risoluzione delle controversie** soprattutto in un’ottica acceleratoria e deflattiva del contenzioso (prendendo le mosse dall’istituto del CCT così come introdotto all’art. 6 del D.L. Semplificazioni)

\*\*\*

In linea con i principi ispiratori del delega, innervata da esigenze di semplificazione e razionalizzazione, si propone di integrare il testo del DDL con misure volte a favorire sinergie all'interno di rilevanti Gruppi industriali, quale il Gruppo FS. In quest’ottica, si propone di rendere strutturale **la disposizione vigente e relativa alle Sinergie all’interno del Gruppo FS** volta a favorire la più efficace attuazione delle sinergie interne, anche mediante la razionalizzazione degli acquisti e l'omogeneizzazione dei procedimenti in capo alle Società di un medesimo Gruppo industriale.

In coerenza con le semplificazioni procedurali perseguite dalla delega, al fine di favorire la celere realizzazione dei progetti **tecnologici ferroviari**, stante il carattere strategico rivestito dagli stessi, si propone di introdurre **un generale principio volto ad includere tali interventi tra quelli non soggetti a specifiche autorizzazioni in merito a profili di culturalità/interesse archeologico.**

## **II. Proposte di modifica da valutare nell'ambito dei futuri decreti legislativi**

L'occasione è utile per richiedere la modifica di alcuni istituti e/o introdurre una disciplina *ad hoc* sulle seguenti questioni.

### 1.1. “Blocco della firma”

L'attuale Codice manifesta una certa sfiducia nei confronti dei committenti pubblici, il cui operato è irrigidito dalle incertezze interpretative e dalla invasività dei controlli. Basti pensare che è stato fortemente accresciuto il regime sanzionatorio assegnando all' ANAC poteri ispettivi molto penetranti ed incisivi che, spesso, scoraggiano l'assunzione di provvedimenti anche quando si tratta di atti legittimi e necessari. Peraltro, il Codice della Giustizia Contabile (D.Lgs. n.174/2016) non definisce con chiarezza le ipotesi di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità erariale; ciò comporta che, per evitare di rispondere per danno erariale, i funzionari pubblici possono essere indotti ad astenersi dal compiere scelte che sarebbero giustificate dal punto di vista della buona gestione, ma che comportano margini di rischio per eventuali di azioni di responsabilità.

Il c.d. Decreto semplificazioni (Decreto Legge n.76/2020, conv. in L. n.120/2020 e ss.mm.ii), come noto, all'articolo 21 comma 2, limitatamente ai fatti commessi fra il 17 luglio 2020 ed il 30 giugno 2023, prevede che la responsabilità erariale sia circoscritta ai soli casi in cui il soggetto agisca con dolo; questa limitazione riguarda solo le condotte attive (commissive) e non le condotte omissive o inerti del soggetto agente, che pure possono produrre danni.

Il medesimo decreto, però, al contempo, ha previsto dei casi specifici di responsabilità erariale, tra i quali:

- a) il mancato rispetto dei termini stabiliti per la conclusione delle procedure di gara (termini fissati per l'aggiudicazione, per la stipula del contratto o ritardato avvio dell'esecuzione del contratto), che è motivo di valutazione e causa di responsabilità erariale del RUP (art. 1 comma 1);
- b) l'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico (art. 6 comma 3).

Ebbene, queste misure probabilmente vanno nella direzione di individuare equilibri diversi fra le necessarie esigenze di controllo e quelle di speditezza dell'azione amministrativa. Sarebbe quindi utile se la legge delega ed il nuovo codice fossero occasione per manifestare minore sfiducia nei confronti dei committenti pubblici, introdurre a regime le soluzioni del Decreto semplificazioni e, più in generale, supportare i funzionari pubblici con norme semplici e chiare, che riconoscano loro un maggiore ambito di discrezionalità nell'esercizio, motivato e ragionevole, del potere.



## 1.2. La remuneratività del contratto

Frequentemente il contratto viene aggiudicato a distanza di tempo dallo sviluppo del progetto ed a condizioni economiche di forte ribasso rispetto alla base d'appalto.

Questo porta alla prima considerazione: la necessità di semplificazione della fase di progettazione prima ancora di quella delle gare, che ben potrebbe essere limitata al rispetto della legge penale e delle disposizioni antimafia, nonché delle direttive comunitarie e in genere dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

Ciò posto, il concorrente è disposto a praticare condizioni economiche molto basse pur di aggiudicarsi la commessa, con l'effetto di trovarsi poi nella necessità di recuperare margini in fase esecutiva. Di qui l'usuale ricorso alle varianti in corso d'opera ed all'iscrizione di riserve molto onerose per il committente che, spesso, non è in grado di opporvisi sia per carenze strutturali proprie sia, e soprattutto, per la necessità di concludere l'opera in tempi ragionevoli, anche a costo talora di "cedere" alle pretese dell'appaltatore.

A questo proposito sarebbero utili interventi sui criteri di aggiudicazione e sulla verifica di anomalia dell'offerta, anche nel senso di limitarne gli automatismi, volte a consentire l'affidamento a condizioni economiche più vantaggiose per l'appaltatore - quindi limitando i ribassi di aggiudicazione e/o il ricorso al criterio del prezzo più basso (eventualmente ai soli affidamenti sotto soglia) - per garantire la qualità dell'offerta e, per quanto, possibile, prevenire il contenzioso.

In questo senso, andrebbe anche valutato se introdurre a sistema i rimedi di compensazione dei prezzi che sono stati disposti di recente con la legge n. 106/2021, di conversione del Decreto Legge n. 73/2021, per far fronte all'aumento eccezionale dei costi dei materiali del 2021.

A fronte delle previsioni della prossima congiuntura economica, il meccanismo potrebbe consentire agli operatori di far fronte ad eventuali aumenti eccezionali dei materiali e consentire la remuneratività del contratto, garanzia di qualità per il committente pubblico.

## 1.3. Criterio del prezzo più basso

Per le gare sotto soglia, al fine di velocizzarle, si propone quale criterio di aggiudicazione principale quello del prezzo più basso, ovvero, previa motivazione, l'aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

## 1.4. Progettazione

È necessario semplificare e snellire l'iter progettuale, soprattutto con riferimento alle opere pubbliche di particolare complessità.

In linea generale, sarebbe utile anticipare al Progetto di Fattibilità Tecnica Economica tutte le autorizzazioni relative alla localizzazione dell'opera e necessarie alla sua realizzazione.

Andrebbe, quindi, potenziato il ruolo della Conferenza di Servizi semplificata, da indire in questa fase, prevedendo: 1) che la stazione appaltante assuma la funzione di amministrazione procedente; 2) un maggior uso del silenzio assenso; 3) che l'approvazione del progetto in seno alla conferenza determini gli effetti giuridici vincolanti sotto il profilo urbanistico in variante agli strumenti urbanistici vigenti; 4) che l'approvazione del progetto in seno alla conferenza determini l'accertamento della compatibilità ambientale dell'opera, dell'autorizzazione culturale e di quella paesaggistica, nonché la verifica preventiva dell'interesse archeologico.

#### 1.5. Appalto integrato

Si conferma il favore per l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori - oggi ammessa in via "sperimentale" fino al 30 giugno 2023 (art. 1, comma 1, lett. b), del DL n. 32/2019, conv. con l. n. 55/2019, e ss.mm.ii.) – nel senso di consentire sia l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori sulla base del progetto definitivo che del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Tale facoltà andrebbe accompagnata con quella di aumentare il corrispettivo dell'appalto ove, a seguito di una progettazione esecutiva redatta dall'appaltatore ed approvata dalla stazione appaltante, constino costi superiori a quelli predeterminati in sede di progettazione definitiva.

#### 1.6. Raggruppamenti temporanei di imprese

È necessaria una estrema semplificazione delle regole relative all'affidamento ed alla esecuzione dei contratti che coinvolgano raggruppamenti temporanei di imprese.

In particolare, urge chiarire se le vicende soggettive che colpiscono una delle imprese associate (cioè: perdita dei requisiti) "contaminino" sempre tutto il raggruppamento, così da condurre alla esclusione/risoluzione del rapporto:

- sia in fase di gara, che in fase di esecuzione;
- sia se riguardino la mandataria o la mandante e/o se sia ammissibile la sostituzione, anche dall'esterno, di mandataria e mandante, senza distinzione alcuna;

Sempre in quest'ottica occorre precisare quando e a quali condizioni sia ammesso il recesso/riduzione dell'associazione, eventualmente anche per rimediare alla perdita dei requisiti di una delle associate, senza

utilizzare locuzioni generiche ed omnicomprendenti quali *“esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento”* (art. 48, comma 19, del d.lgs. n. 50/2016) di non facile riscontro nella pratica, oltre che di difficile distinzione da quella della perdita dei requisiti.

#### 1.7. Collegio Consultivo Tecnico

Il CCT è un rimedio alternativo alla giurisdizione (basti pensare che le determinazioni hanno valore di lodo arbitrale) e, al contempo, ha natura anticipatoria perché dovrebbe anche evitare l'insorgere di controversie.

La “temporaneità” dell'istituto, oggi prorogato fino al 30 giugno 2023, non giova alla chiarezza dell'intero sistema.

Si suggeriscono alcuni correttivi, soprattutto se verrà confermato a regime.

Nello specifico, si dovrebbe chiarire espressamente che il CCT sia chiamato ad occuparsi di questioni e riserve strettamente tecniche, funzionali alla prosecuzione dei lavori.

Dovrebbero escludersi le riserve già oggetto di contenziosi giudiziari e/o per le quali venga attivato il procedimento di accordo bonario; più in generale, andrebbero espressamente escluse e regolate tutte le ipotesi di concorrenza con l'accordo bonario.

Andrebbe precluso, in genere, che il CCT “invada” il campo dei soggetti preposti dalla legge alla conduzione e/o alla verifica dei lavori (direttore dei lavori, responsabile del procedimento e commissione di collaudo).

In ultimo, andrebbero mitigate/ripensate le conseguenze dell'inosservanza delle determinazioni del CCT (art. 6, comma 3, DL n. 76/2020) visto che:

- viene valutata ai fini della *“responsabilità del soggetto agente per danno erariale ... l'osservanza è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo”*;
- *“costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali”*, presunzione relativa di responsabilità contrattuale.

In altri termini, le conseguenze dell'intervento del CCT risultano invasive rispetto all'andamento dell'appalto, oltre che squilibrate a detrimento della stazione appaltante pubblica i cui funzionari restano esposti all'ennesima occasione di responsabilità erariale.

#### 1.7 Accordi quadro

L'accordo quadro è uno strumento che si è rivelato utile ed agile tuttavia ne andrebbero chiariti alcuni profili.

È frequente, infatti, che l'importo dell'accordo quadro sia superiore alla soglia comunitaria mentre quello dei singoli contratti applicativi sia inferiore, pertanto è necessario comprendere se a questi ultimi si applichino sempre le norme che regolano l'accordo quadro. Ad esempio, il CCT deve essere attivato per appalti di importo superiore alla soglia comunitaria: si deve attivare per i singoli contratti applicativi?

Inoltre, andrebbe chiarito se gli adempimenti previsti per i contratti pubblici vadano espletati o richiesti con riferimento all'importo complessivo dell'accordo quadro o, di volta in volta, al momento di attivazione del singolo accordo. Il tema si è posto, in concreto, ad esempio, per l'attivazione della garanzia definitiva, ex art. 103 del d.lgs. 50/16.

### 1.8 Esecuzione

In caso di difficoltà delle imprese esecutrici e/o di ritardi significativi nell'esecuzione dei lavori il Committente dovrebbe avere facoltà di dichiarare la risoluzione di diritto del contratto, con conseguente risarcimento del danno, e di provvedere all'esecuzione dei lavori secondo modalità alternative. Ove, invece, il ritardo che determini la risoluzione sia imputabile al Committente, l'operatore economico avrebbe diritto solo al risarcimento del danno per equivalente.

Nello specifico, a seguito della risoluzione il committente dovrebbe avere la facoltà di: a) procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche ovvero di società controllate o collegate, sempre nell'ambito del quadro economico dell'opera; b) interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato; c) affidare il completamento dell'opera con procedura negoziata senza previa indizione di gara; d) ove ritenuto più opportuno per garantire il più celere completamento dei lavori, suddividere il progetto originario in più lotti anche non funzionali, e procedere, per ciascuno di essi, con una delle modalità di cui alle precedenti lettere a), b) e c).

In caso di contenzioso promosso dall'appaltatore, l'eventuale accoglimento delle sue domande non dovrebbe in alcun modo inficiare la validità e l'efficacia degli atti adottati dal Committente, né determinare il ri-affidamento del contratto al medesimo appaltatore ovvero il suo subentro nel nuovo contratto stipulato dal Committente all'esito della risoluzione; ogni eventuale contestazione volta al riconoscimento delle responsabilità della risoluzione non dovrebbe comportare l'interruzione dell'esecuzione dell'opera, fermo restando il diritto al risarcimento del danno.

### 1.9 Diritto transitorio

È fondamentale l'indicazione di criteri per regolare il diritto transitorio.

L'abrogazione delle norme del "vecchio" codice da parte di quello nuovo non è esaustiva, in sé.

Così come in passato non lo è stato il criterio secondo cui *"Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte."* (art. 216, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016). Spesso, infatti, a fronte di una normativa successiva di maggior favore gli appaltatori hanno invocato l'applicazione delle nuove disposizioni in virtù del mutato orientamento del legislatore (si pensi, ad esempio: al pagamento diretto dei subappaltatori, concepito come ipotesi eccezionale dal d.lgs. n. 163/2006 e consentito dal d.lgs. n. 50/2016 in via generale a fronte dell'inadempimento dell'appaltatore, ex art. 105, comma 13 lett. b); alla modifica dei raggruppamenti temporanei, più limitata ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006).

È vero che, in omaggio alla certezza del diritto ed ai principi dell'evidenza pubblica, l'appalto deve essere regolato dalla legge vigente al momento dell'indizione della gara; tuttavia, la rigorosa applicazione di questo principio ha creato numerosi contrasti e contenziosi.

Pertanto, sarebbero importanti indicazioni in questo senso.

\* \* \*

### **III. Conclusioni**

Si richiede, principalmente, che il settore venga regolato da poche regole, chiare e facilmente comprensibili.

Il numero esiguo degli articoli di un codice non è un risultato, in sé, se ogni articolo ha numerosi commi e/o se rimanda ad altre fonti normative.

Tanto meno è di aiuto l'introduzione tramite decretazione d'urgenza di norme "a tempo" che, peraltro, vengono prorogate.

È, inoltre, fondamentale che la normativa interna sia coerente con quella europea, anche per evitare il corto circuito con la giurisprudenza (es.: limiti quantitativi al subappalto).