

Quanto all'ambito applicativo del nuovo Codice è mantenuta la distinzione tra:

- settori ordinari;
- settori esclusi,
- e settori speciali.

Per quanto attiene ai settori **ordinari**, è posta la regola dell'applicazione generalizzata della normativa contenuta nel Codice a tutti gli appalti di servizi, lavori e forniture; anche per i contratti esclusi, il d.lgs. n. 50/2016 prescrive il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (art. 4); ai **settori speciali** (concernenti i settori del gas, energia elettrica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, portuali e aeroportuali, servizi postali generali, estrazione di gas, prospezione ed estrazione di carbone o di altri combustibili solidi) è dedicata una disciplina in parte divergente da quella prevista per i settori ordinari richiamandosi solo alcune delle norme contenute nel Codice.

Il Codice, all'art. 30, distingue:

1. i **principi** aventi valenza **generalizzata** ed applicabili sia alla fase (pubblicistica) dell'affidamento che a quella (privatistica) dell'esecuzione di garanzia della qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, tempestività e correttezza;
2. i **principi** applicabili alla fase di **affidamento dell'appalto di libera concorrenza**, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Il Codice del 2016 è orientato a garantire la pubblicità per tutte le operazioni di gara, compresa la comunicazione dell'eventuale anomalia dell'offerta (art. 97).

5.1. Il ruolo del Codice dei Contratti pubblici: le linee guida e il regolamento unico di attuazione a seguito delle modifiche del d.l. sblocca cantieri

A livello sub-primario, il Codice Appalti del 2016 ha attribuito un ruolo centrale alle **Linee Guida ANAC**, innovativi atti di regolazione flessibile, *lato sensu* normativi. Il recentissimo **decreto-legge 18**

aprile 2019, n 32, (in GU n. 92 del 18 aprile 2019) recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*", **c.d. sblocca cantieri** con il nuovo articolo 216, comma 27-octies, segna l'abbandono del sistema delle linee guida vincolanti a favore **del regolamento attuativo unico del Codice appalti** la cui approvazione dovrà avvenire entro 180 giorni dall'entrata in vigore del citato decreto legge. **Con l'approvazione del regolamento tutte le linee guida ANAC vincolanti ed i decreti attuativi finora adottati cesseranno di essere in vigore.**

A) Le linee guide ANAC e il nuovo regolamento unico di attuazione previsto dal c.d. sblocca cantieri

Il rinvio, operato in numerose disposizioni dal d.lgs. n. 50 del 2016 nella formulazione originaria, alle linee guida ANAC è sostituito dal **Regolamento unico di attuazione del codice appalti**, previsto dal nuovo **articolo 216, comma 27-octies** del Codice, come modificato dal d.l. **sblocca cantieri** n. 32 del 2019.

Il nuovo **art. 216 del Codice Appalti, al comma 27-octies**, prevede che "*Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b) , della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, **le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento** di cui al presente comma*".

Tanto premesso, fino all'approvazione del Regolamento unico di attuazione, restano in vigore le **linee guida ANAC vincolanti in quanto adottate** in funzione integrativa per la regolamentazione di alcuni aspetti di dettaglio accanto alla disciplina codicistica **e i decreti attuativi**. Il carattere della vincolatività distingue le linee guida dal cd. "soft laws"(quali bandi-tipo e capitolati-tipo) che, pur avendo natura normativa, possono essere disapplicate dalla stazione appaltante previa adeguata motivazione.

È stata discussa la natura giuridica di siffatte linee guida:

- A. secondo un primo orientamento, alle linee guida ANAC va riconosciuta **natura normativa** in senso stretto in quanto atti idonei ad innovare l'ordinamento giuridico.
- B. Per opposta impostazione, si tratterebbero di **atti amministrativi generali**.

Quest'ultima impostazione, seguita dal Cons. St., sez. cons., 1° aprile 2016, n. 855, che ne inferisce la natura di atto di regolazione stante la natura dell'ANAC, di vera e propria Autorità amministrativa indipendente.

E' opportuno sottolineare che con parere della commissione speciale **del 30 marzo 2017, n. 782** - reso dal Consiglio di Stato sullo schema del decreto correttivo - si è distinta la natura giuridica delle Linee guida a seconda che siano approvate o meno con decreti ministeriali o interministeriali: (i) nel primo caso, le stesse avendo efficacia innovativa e caratteri di generalità ed astrattezza, dovrebbero essere assimilate a "regolamenti ministeriali" ex art. 17, comma 3 L. n. 400/1988; (ii) diversamente le linee guida a carattere vincolante adottate direttamente dall'Autorità sono considerate prive di carattere c.d. normativo e, pertanto, qualificabili come atti di regolazione. Il Consiglio di Stato ha previsto, inoltre, un terzo modello di atti attuativi costituito dalle **linee guida non vincolanti**. Queste ultime, ascritte nell'ambito degli atti amministrativi generali, perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti.

Il Decreto Sblocca-Cantieri non ha inciso sul potere dell'ANAC di predisporre Linee Guida, non vincolanti, allo scopo di garantire "*la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*" di cui all'art. 213 comma 2 Codice Appalti.

Occorre segnalare come con il correttivo appalti l'Autorità nazionale Anticorruzione (Anac) non potrà più prescrivere alle Stazioni Appaltanti la correzione di eventuali atti di gara ritenuti illegittimi in quanto, in accoglimento delle perplessità espresse sull'argomento dal Consiglio di Stato è stato abrogato il comma 2 dell'articolo 211 del Codice dei Contratti Pubblici. I pareri di precontenzioso, richiesti dalla Stazione Appaltante o da una delle parti, restano invece vincolanti.

6. I contratti pubblici: le *species*.

Nell'ampia categoria dei contratti pubblici, gli appalti pubblici - come già anticipato sopra - si qualificano come passivi, in contrapposizione ai cd. contratti attivi. Tale distinzione si ricava dall'art. 3, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440.

I contratti **attivi** sono quelli dai quali derivi un'entrata per lo Stato e che devono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni la P.A. non intenda far ricorso alla licitazione o, nei casi di necessità, alla trattativa privata. I contratti attivi (vendite, locazioni attive) trovano la loro disciplina, oltre che in leggi speciali, nelle norme di contabilità pubblica (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440), derogatoria rispetto al diritto comune.

I contratti **passivi** sono, invece, quelli dai quali derivi una spesa per lo Stato e che devono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale della P.A. Diversa è la normativa di riferimento per le due tipologie di contratti. I cd. contratti passivi, mediante i quali la P.A. si procura beni e servizi, sono attualmente disciplinati dal d.lgs. n. 50/2016 che rinvia al c.c. per i profili non regolati.

Nella categoria dei contratti pubblici, il Codice ritaglia la nozione di appalto pubblico, assoggettandola ad una disciplina peculiare. La relativa nozione è contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. ii), del nuovo Codice dei contratti pubblici. L'appalto è dunque un contratto.

Due, ancora, i tratti fondamentali dell'appalto pubblico:

- sul piano **sogettivo**, rilevano le nozioni di appaltatore e di amministrazione aggiudicatrice. L'appaltatore può essere, per gli appalti di servizi e forniture, il "prestatore di servizi o forniture", quindi una persona fisica o giuridica, ed anche un ente pubblico, salvi i limiti di compatibilità fra oggetto dell'appalto ed i fini istituzionali dell'ente; deve essere, inoltre, per quanto riguarda i lavori, un "imprenditore", con esclusione quindi degli enti pubblici. L'amministrazione aggiudicatrice coincide sostanzialmente con la figura di organismo di diritto pubblico.

- Dal punto vista **oggettivo**, si richiede che il contratto sia a titolo **oneroso**.

Quanto all'oggetto si distingue tra appalto:

- A. di lavori;
- B. di forniture;
- C. di servizi.

Nella categoria dei contratti pubblici il Codice ricomprende anche i contratti di **concessione**. Più specificamente la categoria ricomprende:

- la **concessione di lavori pubblici** ossia il contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta, 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 (art. 3 comma 1, lett. uu), d.lgs. 50/2016);
- la **concessione di servizi** è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (art. 3, c. 1, lett. vv), d.lgs. n. 50/2016).

In definitiva, la distinzione tra appalto e concessione è individuata nel c.d. "**rischio di gestione**"; invero il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (nella concessione di lavori) o nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (nella concessione di servizi). La concessione instaura, così, un rapporto **trilaterale** tra amministrazione, concessionario ed utenti. Nell'appalto al contrario il prezzo grava essenzialmente sulla stazione committente.

Quanto alla disciplina applicabile, mentre in passato il d.lgs. n. 163/2016 distingueva tra concessioni di lavori pubblici e concessioni di servizi, invece gli artt. 164 e ss. del d.lgs. n. 50 del 2016 introducono una disciplina unitaria disponendo che ai medesimi contratti si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni recate dalla I e dalla II Parte del Codice.

Connessa al tema della disciplina applicabile alle concessioni è la questione avente ad oggetto l'assoggettabilità delle controversie in materia di concessioni di servizi al c.d. rito appalti (di cui agli artt. 119 ss. c.p.a.). La questione è stata di recente risolta in senso affermativo dal Cons. St., A.P. 27 luglio 2016, n. 22:

Negli **appalti misti**, invece, si commissionano ad un tempo lavori e/o servizi e/o forniture. Nel dettaglio, l'art. 14, d.lgs. n. 163/2006,