

## **PROFILI DI CONTRASTO TRA BOZZA NUOVO CODICE DEI CONTRATTI E DIRETTIVE UE**

- **ILLECITO PROFESSIONALE: DECORRENZA PERIODO DI ESCLUSIONE**

La Direttiva 2014/24/UE prevede all'art. 57, par. 7, che il triennio di rilevanza temporale della causa di esclusione facoltativa decorra dalla data del fatto.

L'art. 96, comma 10, della bozza di nuovo Codice fa, invece, decorrere tale periodo di esclusione dalla richiesta di rinvio a giudizio o dall'adozione di misure cautelari, ove l'illecito abbia rilievo penale, ovvero ancora dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'AGCM o da altra autorità di settore.

- **RITARDATI PAGAMENTI**

La bozza di nuovo codice non riproduce, all'articolo 125, la disposizione - oggi contenuta al comma 1-sexies dell'articolo 113-bis del D.lgs. 50/2016 - che consente all'esecutore di emettere fattura anche in assenza del rilascio del certificato di pagamento, da parte del RUP. Norma, questa di diretta derivazione comunitaria, recentemente introdotta dalla l. n. 238/2021 (cd legge europea 2019/2020), a fronte delle censure della Corte di Giustizia (sentenza del 28 gennaio 2020 (C-122/18)).

- **AFFIDAMENTI DEI CONCESSIONARI**

L'articolo 186 della bozza di nuovo Codice introduce una regola "ad hoc" per gli affidamenti dei concessionari "senza gara" di importo superiore alle soglie UE, che saranno tenuti ad esternalizzare una quota compresa tra il 50 ed il 60% dei contratti oggetto della convenzione. L'obbligo di esternalizzazione, inoltre, non si applica ai concessionari di lavori e servizi operanti nei settori speciali.

Ciò appare in contrasto con i principi comunitari. Trattasi di quei principi che, in caso di concessioni assentite o prorogate senza gara, obbligano il concessionario ad affidare a terzi il 100% dei lavori di propria competenza, al fine di sanare l'assenza di concorrenza verificatasi "a monte" dell'affidamento.

- **AVVALIMENTO DEI SOGGETTI ISTITUZIONALI**

Gli articoli 193 e 198 della bozza di nuovo Codice prevedono che gli investitori istituzionali, nel partecipare alle procedure di affidamento di PPP ( e PF) , possano utilizzare l'avvalimento al 100% per coprire tutti i requisiti che non hanno, subappaltando anche integralmente le prestazioni oggetto del contratto.

Laddove all'investitore istituzionale venisse concesso di partecipare alla gara per l'affidamento dei lavori utilizzando al 100% l'avvalimento, anche una banca d'investimento potrebbe partecipare e risultare affidataria della gara.

La direttiva 2014/24/UE, invece, specifica, al considerando 24 che la nozione di "operatore economico" deve comprendere modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

	NORMA/PRINCIPIO UE IN CONTRASTO	BOZZA CODICE DEI CONTRATTI	OSSERVAZIONI
ILLECITO PROFESSIONALE: DECORRENZA PERIODO DI ESCLUSIONE Art. 96, co 10	La Direttiva 2014/24/UE prevede all'art. 57, par. 7, che il triennio di rilevanza temporale della causa di esclusione facoltativa decorra dalla data del fatto.	L'art. 96, comma 10, fa, invece, decorrere il periodo di esclusione dalla richiesta di rinvio a giudizio o dall'adozione di misure cautelari, ove l'illecito abbia rilievo penale, ovvero ancora dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'AGCM o da altra autorità di settore.	<i>Al fine di garantire una situazione di piena certezza alle imprese partecipanti alla gara, ed evitare un eccessivo prolungamento del periodo di interdizione a causa delle lungaggini processuali si ritiene opportuno far decorrere il triennio di rilevanza temporale dell'illecito sempre dalla commissione del fatto.</i>
RITARDATI PAGAMENTI Art. 125	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Direttiva Europea sui ritardi di pagamento n 2011/7/UE</li> <li>- CGUE, con la sentenza del 28 gennaio 2020 (C-122/18)</li> </ul>	Non viene riprodotta, all'articolo 125, la disposizione - oggi contenuta al comma 1-sexies dell'articolo 113-bis del D.lgs. 50/2016 - che consente all'esecutore di emettere fattura anche in assenza del rilascio del certificato di pagamento, da parte del RUP.	<i>La Commissione ha avviato una seconda lettera di messa in mora all'Italia per la violazione della direttiva UE sui tardati pagamenti. Laddove non ottenga i chiarimenti dovuti, potrà deferire la questione nuovamente alla Corte di giustizia per chiedere l'irrogazione di sanzioni pecuniarie all'Italia.</i>
AFFIDAMENTI DEI CONCESSIONARI Art 186	In caso di concessioni assentite o prorogate senza gara, i principi comunitari obbligano il concessionario ad affidare a terzi il 100% dei lavori di propria competenza, al fine di sanare l'assenza di concorrenza verificatasi "a monte" dell'affidamento	L'articolo 186 introduce una regola "ad hoc" per gli affidamenti dei concessionari "senza gara" di importo superiore alle soglie UE, che saranno tenuti ad esternalizzare una quota compresa tra il 50 ed il 60% dei contratti oggetto della convenzione. L'obbligo di esternalizzazione, inoltre, non si applica ai concessionari di lavori e servizi operanti nei settori speciali.	<i>La non piena applicazione dei principi comunitari rischia di portare alla sottrazione di importanti quote di lavori al mercato</i>
AVVALIMENTO DEI SOGGETTI ISTITUZIONALI In caso di PPP e PF Artt. 193 e 198	La direttiva 2014/24/UE, al considerando 24, prevede che la nozione di "operatore economico" deve comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.	Gli articoli 193 e 198 prevedono che gli investitori istituzionali, nel partecipare alle procedure di affidamento di PPP (e PF), possano utilizzare l'avvalimento al 100% per coprire tutti i requisiti che non hanno, subappaltando anche integralmente le prestazioni oggetto del contratto.	<i>Laddove all'investitore istituzionale venisse concesso di partecipare alla gara per l'affidamento dei lavori utilizzando al 100% l'avvalimento, anche una banca d'investimento potrebbe partecipare e risultare affidataria della gara.</i>