

Nuovo Codice Appalti: le criticità per professionisti e imprese

30/03/2016



Le Commissioni della Camera e del Senato stanno esaminando lo schema di Decreto Legislativo recante disposizioni per l'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 (283) e di cui all'art. 1 della legge 28 gennaio 2016 n.11.

Si sottopongono alcune osservazioni sulle

criticità rilevate nello schema di Decreto Legislativo.

A. Il testo in esame dovrà sostituire l'attuale D.Lgs. 163/2006 (Codice dei Contratti) e il suo Regolamento di attuazione D.P.R. 207/2010.

Si constata nel testo in esame un numero inferiore di articoli (219 articoli contro i 257 articoli del D.Lgs. 163/2006 e i 359 del D.P.R. 207/2010). Ma a tale numero inferiore di articoli rispetto all'attuale normativa, occorre aggiungere il notevole numero dei provvedimenti attuativi, necessari per rendere operativo il nuovo articolato. Sono previsti infatti 9 Linee Guida che dovrà predisporre l'ANAC e 36 decreti che dovranno predisporre diversi Ministeri per un totale di 45 provvedimenti. Ad oggi non è possibile quantificare il numero di articoli che conterranno i 45 provvedimenti né quando questi saranno effettivamente approvati e pubblicati.

Prima criticità: si osserva preliminarmente che l'obiettivo dello snellimento della normativa vigente non sembra che sia stato raggiunto. Inoltre è di tutta evidenza che in mancanza delle Linee Guida e dei Decreti e sino alla loro pubblicazione, il nuovo Testo normativo non potrà considerarsi operativo.

Seconda criticità: una delle Linee Guida che l'ANAC dovrà emanare sostituirà alcune parti dell'attuale Regolamento attuativo D.P.R. 207/2010.

Le altre parti del vigente Regolamento saranno sostituite da altre Linee Guida. Ci si chiede quale forza giuridica potranno avere delle Linee Guida in sostituzione di un Regolamento attuativo che ha forza di fonte primaria e quindi di atto normativo concluso.

Non è difficile prevedere quali e quante interpretazioni saranno date a queste Linee Guida e quanti contenziosi potranno nascere e rallentare i procedimenti.

Non è difficile prevedere che l'insieme di tali norme che saranno emanate, renderà il settore delle opere pubbliche ancora più complesso e incerto di quello attuale e con un articolato di gran lunga maggiore di quello vigente.

B. Criterio di aggiudicazione previsto come prevalente (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

L'attuale normativa (Codice degli Appalti e Regolamento di Attuazione) in materia di gara e di affidamento di lavori, servizi, beni e forniture prevede due procedure diverse di aggiudicazione.

Un sistema prevede che le Imprese e i professionisti (chiamati tutti e due operatori economici), su un progetto predisposto dalla Stazione Appaltante, progetto redatto o all'interno della stessa Amministrazione o all'esterno e che stabilisce l'importo a base di gara, offrano un ribasso percentuale in ribasso.

Si aggiudica il lavoro, il servizio o la fornitura chi offre il massimo ribasso sull'importo fissato a base di gara. La procedura si svolge in seduta pubblica. Sono previsti dei sistemi correttivi sulle offerte presentate, ma tutti questi sistemi non hanno impedito in moltissimi casi aggiudicazioni con ribassi superiori al 40%.

E' il cosiddetto sistema al massimo ribasso.

L'altro sistema prevede che i concorrenti, sempre su un progetto predisposto dalla Stazione Appaltante, progetto redatto o all'interno della stessa Amministrazione o all'esterno e che stabilisce l'importo a base di gara, offrano una offerta con delle migliorie. In questo caso il ribasso sui tempi e sul prezzo sono due degli elementi di valutazione. Gli

altri due elementi prevedono la valutazione delle migliori proposte dall'Impresa o dal professionista e vengono valutati a porte chiuse con una procedura quindi in seduta non pubblica.

E' il cosiddetto sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Basta sfogliare le cronache degli ultimi anni per constatare che tutti e due i sistemi hanno mostrato i loro limiti. Con il **primo sistema** un'offerta al massimo ribasso non garantisce la buona qualità dell'opera o della prestazione. Con il **secondo sistema** le valutazioni in sedute non pubbliche, si prestano alla mancanza di trasparenza in quanto valutazioni assolutamente soggettive determinano il vincitore.

In tutti e due i sistemi inoltre, e soprattutto per le gare che si svolgono con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le Imprese e i professionisti, che vengono esclusi esercitano la facoltà prevista del ricorso amministrativo, bloccando, a volte per mesi e mesi, la realizzazione dell'opera. Risultano inoltre pendenti presso l'ANAC più di 5000 precontenziosi in attesa del relativo parere.

C. La crisi nel settore delle opere pubbliche deriva anche dalla mancanza di progetti esecutivi effettivamente cantierabili. Specialmente al Sud sono pochi i cantieri aperti, anche per il ritardo nell'impiego dei fondi strutturali europei, ma anche e soprattutto per la mancanza di progetti che possano affrontare positivamente il vaglio del cantiere.

Persistere nel delegare agli Uffici Tecnici dei vari Enti le fasi progettuali di un'opera pubblica significa non rendersi conto della complessità della redazione di un progetto esecutivo da mandare in gara e da realizzare. (vedi art. 24 del testo).

Inoltre, continuare a prevedere, che la fase progettuale sia distinta da quella della direzione dei lavori è anch'esso un clamoroso errore culturale, oltre che tecnico. La progettazione e la direzione dei lavori di un'opera è un processo unitario e complesso non frazionabile se non a danno della qualità del risultato e quindi degli interessi della collettività intesa come committente di qualsiasi opera pubblica. (vedi art. 23 del testo).

D. Il Testo inoltre risente in più parti di una fretta nel riscrivere il precedente D.Lgs. 163/2006 con omissioni ed errori concettuali e procedurali.

Art. 23 – Livelli di progettazione

Rispetto alla precedente normativa scompare il primo livello di progettazione e cioè il progetto preliminare che viene sostituito dal progetto di fattibilità tecnica ed economica. Occorrerà attendere le Linee Guida per comprendere il senso di tale sostituzione considerando che la normativa vigente già prevede (art. 14 del D.P.R. 270/2010) lo studio di fattibilità e il documento preliminare alla progettazione che costituiscono elementi essenziali per la programmazione delle opere e l'accesso ai finanziamenti.

Art. 27 – Procedure di approvazione dei progetti relativi ai lavori

Si prevede il ricorso alla Conferenza dei servizi per l'approvazione per l'approvazione del progetto di fattibilità e del progetto definitivo ma nulla viene detto sull'approvazione del progetto esecutivo.

Art. 31 – Ruolo e funzioni del Responsabile del Procedimento

Al comma 3, tra i compiti relativi al RUP, che continua ad essere il Dominus di un'opera pubblica, manca tutta la procedura inerente l'esproprio di un'opera pubblica.

Art. 73 – Pubblicazione a livello nazionale

La legge delega prevedeva la formazione di un Albo nazionale per i componenti le Commissioni giudicatrici degli appalti pubblici da costituire presso l'ANAC. Tale Albo dovrebbe garantire maggiore trasparenza nei lavori delle Commissioni esaminatrici. Nel Testo ciò viene previsto solo per gli appalti sopra soglia comunitaria. (cioè più di 5 milioni di euro).

Art. 89 – Avvalimento

Permane l'istituto dell'Avvalimento e viene anzi allargato con la possibilità concessa alle Amministrazioni aggiudicatrici di chiedere al partecipante la sostituzione dei prestatori dello stesso.

Art. 95 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto

Permane il cosiddetto "Appalto integrato" senza alcuna effettiva limitazione lasciando la scelta del ricorso a tale sistema alle Amministrazioni aggiudicatrici.

Queste alcune delle criticità più rilevanti riscontrate.

Il Governo ed il Parlamento avevano 24 mesi (dal 18 aprile 2014 data di pubblicazione delle nuove direttive europee) per adeguare il precedente Codice alle nuove direttive. Solo dopo 7 mesi (dal 18 aprile 2014) il Governo ha presentato un disegno di legge delega per il recepimento di tali direttive. Solo dopo 14 mesi il Parlamento ha approvato il disegno di legge delega. In meno di due mesi si vuole ora approvare il testo del nuovo Codice che presenta tante luci ma anche tante ombre.

Sarebbe forse il caso di prevedere, entro la scadenza del 18 aprile 2016, un doppio provvedimento legislativo: un primo intervento di recepimento delle direttive entro il 18 aprile 2016 ed un secondo provvedimento entro il 31 luglio 2016. Tale ulteriore lasso di tempo potrebbe consentire di rivedere con più attenzione le molte ombre contenute nel testo in esame.

A cura di **Arch. Elio Capri**
Presidente Assoarching