

Edilizia e Territorio

Nuovo codice. Guida rapida alle misure principali per le imprese e i professionisti

Decreto Mit con le Linee guida Anac entro tre mesi. Rinvio anche per la qualificazione imprese e Pa. Subito le novità su gare, soglie, criteri di aggiudicazione

21 aprile 2016 - Giuseppe Latour



Molte novità nell'ultimo passaggio in Consiglio dei ministri, ad esempio sulle soglie per la trattativa privata (niente abbassamento del tetto massimo a 150mila euro e conferma di quello precedente a un milione). Ma anche molte conferme rispetto al testo approvato a inizio marzo in prima lettura, a partire dalla materia della qualificazione delle imprese. E un risultato a sorpresa: i pareri delle commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato in parecchi passaggi sono stati completamente ignorati. E' accaduto per le commissioni Anac che, secondo la richiesta dei pareri, avrebbero dovuto ampliare il loro raggio d'azione, e sono invece rimaste confinate sopra la soglia comunitaria. Stesso discorso per il massimo ribasso: il Parlamento aveva chiesto una frustata ulteriore, abbattendo la soglia fino a 150mila euro e, di fatto, confinando il prezzo più basso in un angolo. Il Governo ha invece confermato la strada della soglia a un milione di euro.

Comunque, con l'approdo del decreto legislativo n. 50 del 2016 in Gazzetta ufficiale il tempo degli aggiustamenti e delle modifiche è finito. Almeno fino alle linee guida Anac, previste entro tre mesi, e al decreto correttivo, in arrivo nel giro di un anno. Facciamo allora il punto,

articolo per articolo, sulla riforma appena entrata in vigore.

I poteri dell'Anac (articolo 213)

L'Autorità anticorruzione di Raffaele Cantone diventa il perno del mercato degli appalti pubblici. Il nuovo Codice, come da previsioni, le attribuisce moltissimi nuovi poteri e le conferma quelli vecchi. In generale, l'Anac dovrà vestire i panni di organo di regolazione del mercato, preparando linee guida generali e di settore, oltre che determinazioni, bandi e contratti tipo o semplici atti di indirizzo: un ampio armamentario di strumenti che diventerà la mappa di stazioni appaltanti e operatori economici. Oltre a questo, arrivano molti altri poteri strategici, come la verifica delle varianti, per controllare possibili distorsioni e abusi. Tra le novità spicca la gestione di tutte le banche dati pubbliche del settore, con l'esclusione dell'Avcpass, che passa al ministero delle Infrastrutture. Resta aperto unicamente il nodo delle risorse, anche se sono allo studio interventi per permettere all'Authority di aumentare la sua capacità di spesa.

Linee guida (articolo 214)

L'innovazione del Codice proseguirà anche a valle del decreto di recepimento delle direttive europee. L'Anac avrà, infatti, il compito di sottoporre al ministero delle Infrastrutture le sue «linee guida di carattere generale», da approvare entro tre mesi dal 18 aprile con decreto dello stesso Mit che, però, avrà semplicemente la facoltà (e non l'obbligo) di adottare il provvedimento. Una commissione sta già lavorando sul tema. L'idea è passare da un pacchetto di norme rigide a un sistema di "soft law", proposto dal presidente dell'Anticorruzione, Raffaele Cantone. Le linee guida di carattere generale fisseranno il quadro, all'interno del quale, in una fase successiva, si inseriranno altri interventi più di dettaglio, come le linee guida dedicate ai singoli settori (ad esempio per i servizi di progettazione), i bandi e i contratti tipo. In questo modo, il mercato potrà contare su una guida fluida e costantemente aggiornata.

Subappalto (articolo 105)

Limite al 30% per il subappalto. La cancellazione del tetto, ipotizzata nella prima versione, è una delle novità più significative del testo definitivo. Dopo le proteste del relatore della legge delega al Senato, Stefano Esposito è stata inserita all'ultimo momento una speciale salvaguardia: l'eventuale subappalto non potrà superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto. Il tetto del 30% non vale dunque solo sulla categoria principale, ma anche sulle specialistiche, per le quali nel, Dlgs 163/2006 non c'erano limiti.

Per gli appalti sopra la soglia comunitaria, poi, è obbligatoria l'indicazione in sede di offerta di una terna di subappaltatori, ma solo se i bandi o gli avvisi di gara lo prevedono in maniera espressa.

Cabina di regia (articolo 212)

Nel testo appena pubblicato viene confermata una delle novità più rilevanti. È, così, prevista la costituzione di una cabina di regia presso la presidenza del Consiglio dei ministri. Avrà il compito di effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del decreto in fase di applicazione, di esaminare proposte di modifiche normative, di promuovere la realizzazione di un piano nazionale di procedure telematiche di acquisto. In più potrà promuovere accordi, protocolli

di intesa, convenzioni, anche con associazioni private per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche. Per evitare sovrapposizioni con l'Anac, è stato previsto che eventuali specifiche violazioni o problemi sistemici siano segnalati all'Anticorruzione che, così, manterrà saldamente tra le mani il pallino della regolazione. Sarà un decreto di Palazzo Chigi a stabilire la composizione e le modalità di funzionamento della cabina di regia.

Fase transitoria (articolo 216)

Il problema della fase transitoria nasce dalla scelta di operare un'abrogazione secca del vecchio Codice e del vecchio regolamento, già a partire dal prossimo 18 aprile, senza periodi di adattamento. Un taglio drastico che potrebbe generare buchi, vuoti normativi e, quindi, problemi notevoli per gli operatori. Norme alla mano, sono molte le situazioni di possibile pericolo. Come nel caso della fase esecutiva dei contratti, delle commissioni giudicatrici, delle attestazioni Soa e della pubblicità dei bandi.

Legge obiettivo addio (articolo 217)

Il nuovo Codice appalti cancella la legge obiettivo, introdotta dal governo Berlusconi II nel 2002. Il che significa due cose. Primo: cessa di esistere il Programma delle opere strategiche che conta oggi mille lotti per un valore di 285 miliardi di euro. A guidare sarà il Piano generale dei trasporti e della logistica (Pgtl), con le linee strategiche per la mobilità di persone e merci, da approvare ogni tre anni su proposta Mit e delibera Cipe. Poi, entro aprile 2017, il Dpp - stesso iter - conterrà l'elenco delle opere meritevoli di finanziamento. Non c'è più la lista delle opere di serie A, ma un'unica programmazione nazionale. Secondo: niente più procedure speciali con delibere Cipe. Tutte le opere vanno in Conferenza di servizi (gestita dal Mit), con le regole del Dlgs Madia: tempi certi e possibilità di scavalcare i veti della Via e degli enti di tutela con delibera del Consiglio dei ministri.

Piccoli lavori (articolo 36)

Retromarcia sulla trattativa privata. L'assetto che viene fuori dalla versione finale del Codice è sostanzialmente identico a quello attuale. Sotto i 40mila euro c'è l'affidamento diretto. Per i lavori tra 40mila e 150mila euro la stazione appaltante può affidare l'intervento con una procedura negoziata invitando almeno cinque imprese. Tra 150mila e un milione di euro ci sarà una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, con consultazione di almeno dieci operatori. Mentre sopra il milione di euro diventano obbligatorie le procedure ordinarie. Nella versione del Codice entrata in Consiglio dei ministri il tetto per le procedure ordinarie era stato fissato a 500mila euro. E comunque sopra i 150mila euro era sempre obbligatoria una gara (a procedura ristretta) preceduta da un bando.

Addio massimo ribasso (articolo 95)

L'offerta economicamente più vantaggiosa diventa il criterio prevalente: dovrà essere utilizzato sempre al di sopra di un milione di euro per i lavori, sopra i 209mila euro per i servizi e le forniture ad elevata ripetitività e sopra i 40mila euro per i servizi di ingegneria e architettura. Per comporre le commissioni saranno utilizzati gli elenchi dei commissari tenuti dall'Anac, ma solo sopra la soglia comunitaria di 5,2 milioni di euro. Al di sotto di questo limite le stazioni appaltanti potranno nominare commissioni interne. Una deroga viene prevista per Consip, Invitalia e per i soggetti aggregatori regionali: potranno fare ricorso sempre a loro commissari, purché presenti negli elenchi Anac.

Opera pubblica a spese di un privato (articolo 20)

Il Codice non si applica al caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale «un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici».

Qualificazione imprese (articolo 84)

La qualificazione da parte delle società di attestazione (Soa) resta in vita. Alla fine il Governo ha deciso di non smontare il sistema delle Soa per come è strutturato adesso. Bisogna ricordare, infatti, che nelle prime bozze del provvedimento Palazzo Chigi aveva ipotizzato di portare fino a un milione di euro il tetto al di sotto del quale la qualificazione viene fatta direttamente dalle stazioni appaltanti, gara per gara. Le imprese, per i lavori pubblici sopra la soglia dei 150mila euro, dovranno passare dalle attestazioni Soa, come avviene ora. Sopra i 20 milioni di euro, le stazioni appaltanti potranno chiedere una qualificazione rafforzata, integrando i requisiti base con elementi aggiuntivi a loro discrezione. Entro un anno un decreto del Mit, sentita l'Anac, potrà individuare nuove modalità di qualificazione.

Rating di impresa (articolo 83)

Arriva il rating di impresa targato Anac. Il Codice per la prima volta introduce un sistema in grado di valutare la storia dell'impresa, al di là della qualificazione. Sarà modellato sul rating di legalità, che oggi viene utilizzato dall'Antitrust nell'ambito dei finanziamenti privati e pubblici. Il decreto di attuazione della legge delega, però, non definisce nel dettaglio il funzionamento dal nuovo sistema. Sarà l'Anac a fissare, in una seconda fase, i principi di questo sistema di valutazione, che andrà a integrare la normale qualificazione. Racconterà, di fatto, il curriculum e la storia di ogni impresa, i suoi precedenti lavori, gli eventuali ritardi, i contenziosi, il rispetto dei costi, le irregolarità nei pagamenti dei contributi previdenziali.

Esclusione automatica delle offerte anomale (articolo 97)

Nell'ultima versione del Codice entra l'esclusione automatica delle offerte anomale. Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso al di sotto della soglia comunitaria, la stazione appaltante "può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia". Comunque, la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci. Sostanzialmente, il sistema resta identico a quello attuale.

Soccorso istruttorio oneroso (articolo 83)

Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo obbligano il concorrente «al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per

cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro». Quindi, il soccorso istruttorio sarà oneroso. La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.

Motivi di esclusione e conflitto di interessi (articolo 42)

Le stazioni appaltanti, come avviene adesso, escludono in ogni momento dalla partecipazione ad appalti o subappalti i soggetti condannati in via definitiva per alcuni reati: partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, reati terroristici, riciclaggio, lavoro minorile. Altro punto nel mirino saranno le violazioni gravi, definitivamente accertate, in materia fiscale o di contributi previdenziali. Le pubbliche amministrazioni, però, incassano diverse prerogative nuove. La stazione appaltante, infatti, potrà dimostrare che l'impresa si è resa colpevole di gravi illeciti professionali o di significative carenze in un precedente contratto, che ha concluso accordi e ha posto in essere pratiche per falsare la concorrenza, che ha tentato di influenzare un'aggiudicazione, che si trova in una situazione di conflitto di interessi. Seguendo un modello anglosassone, allora, la Pa potrà scandagliare la condotta dell'impresa.

Anticipazione del prezzo (articolo 35)

Torna l'anticipazione del prezzo a favore delle imprese, "pari al 20% da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio dei lavori". L'erogazione, però, viene subordinata alla costituzione di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa, di importo pari all'anticipazione, "maggiorato del tasso di interesse legale". Diventa così strutturale la misura che, altrimenti, sarebbe scaduta il 31 luglio del 2016.

Specialistiche (articolo 89)

Non è ammesso l'avvalimento e sarà quindi necessario un raggruppamento temporaneo di imprese quando nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrano, oltre ai lavori prevalenti, "opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali". Il limite rilevante per il Codice è il tetto del 10% dell'importo dei lavori, contro il 15% attuale.

Qualificazione delle stazioni appaltanti (articolo 38)

Il sistema di qualificazione delle pubbliche amministrazioni è una delle novità più importanti del nuovo testo. Sarà modellato su quello degli operatori economici. Anche le stazioni appaltanti, come le imprese, dovranno infatti dimostrare di rispettare requisiti prefissati dall'Anac. Il meccanismo di qualificazione sarà, allora, organizzato sulla base della complessità dei contratti e per fasce di importi. L'Anticorruzione valuterà quattro requisiti di base: strutture organizzative, presenza nella struttura di dipendenti con competenze specifiche, sistema di formazione ed aggiornamento del personale, numero di gare svolte nel triennio. Oltre a questi, ci saranno alcuni requisiti premianti: attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione, sistemi di gestione della qualità, disponibilità di tecnologie telematiche, livello di soccombenza nel contenzioso, applicazione di criteri di sostenibilità ambientale.

Aggregazioni tra stazioni appaltanti (articolo 37)

Vincoli strettissimi per le stazioni appaltanti, a partire dai Comuni. È certamente uno dei passaggi più innovativi del nuovo testo: le amministrazioni non potranno più, come avviene adesso, fare gare per qualsiasi importo. Il Codice, invece, fissa due soglie molto basse: 40mila euro per servizi e forniture e 150mila euro per i lavori. Sotto questo tetto ci si muove liberamente. Al di sopra, invece, scatta una tagliola: solo le amministrazioni in possesso della qualificazione dell'Anac potranno fare le gare. Tutte le altre Pa dovranno rivolgersi per forza a una centrale di committenza. Ma non solo. Entro una seconda soglia (fino a un milione di euro per i lavori) bisognerà passare comunque da strumenti telematici di negoziazione delle transazioni, simili a quelli già utilizzati da Consip. Per i Comuni non capoluogo, invece, c'è un altro vincolo: dovranno usare la centrale oppure consorziarsi tra di loro per fare le gare.

Progettazione

Il capitolo sulla progettazione è pieno di sorprese dell'ultima ora. Viene cancellata la cauzione a corredo dell'offerta, che era entrata nella prima bozza. Mentre non viene accolta l'indicazione del Parlamento di rendere vincolante per le stazioni appaltanti l'utilizzo dei parametri di riferimento per determinare gli importi da porre a base delle gare di progettazione. Il limite al di sotto del quale è possibile utilizzare la procedura negoziata viene portato a 100mila euro, come nel sistema attuale, contro la prima ipotesi a 209mila euro.

Appalto integrato (articolo 59)

Finisce l'epoca dell'appalto integrato. Il nuovo Codice stabilisce che è vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori «ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità». Quindi, gli appalti relativi ai lavori dovranno essere affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo.

Incentivo due per cento (articolo 113)

Cambia la ragione sociale del due per cento. L'incentivo storicamente dedicato ai dipendenti della pubblica amministrazione non sarà più destinato alle attività di progettazione, come avviene ora, accogliendo una richiesta storica dei progettisti privati. Il due per cento degli importi posti a base di gara sarà, invece, usato solo per compensare le attività di programmazione della spesa per investimenti, di predisposizione e di controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di responsabile unico del procedimento, di direzione dei lavori e di collaudo tecnico amministrativo, di verifica. Insomma, l'amministrazione si occuperà della fase di programmazione delle opere, del controllo, delle verifiche e dei collaudi, svolgendo quindi soprattutto un ruolo di coordinamento e di supervisione. La progettazione, invece, andrà di regola appaltata all'esterno, per garantire una maggiore qualità.

Somma urgenza (articolo 163)

E' l'unica eccezione prevista alle regole generali del Codice. Soltanto nei casi di somma urgenza le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere all'affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture in deroga rispetto alle previsioni del decreto. Non vengono, però, meno i controlli. Gli affidatari dichiarano, mediante autocertificazione, il possesso dei requisiti per la partecipazione a procedure di evidenza pubblica. L'amministrazione li controlla e, nel caso

in cui accerti l'affidamento ad un operatore privo dei predetti requisiti, può recedere dal contratto e procedere alle segnalazioni alle competenti autorità.

Concessioni (articoli 164 e seguenti)

A guidare la parte del nuovo Codice dedicata a concessioni e Ppp è la direttiva europea 2014/23. Debutta allora l'obbligo di trasferire ai privati il "rischio operativo", un concetto più forte rispetto a oggi (rischio potenziale fino all'investimento totale, senza garanzie pubbliche). Il financial closing, fra l'altro, deve arrivare entro un anno dalla firma del contratto, pena la sua risoluzione «di diritto». Tuttavia, sempre in base alla direttiva, si ampliano i casi nei quali può essere variato il contratto "in corso d'opera": per tutte le situazioni previste già nel bando di gara, per lavori o servizi aggiuntivi non sottoponibili a gara, per circostanze imprevedibili. Qui il Codice mette un paletto in più: tutte le modifiche insieme non possono superare il 30% del valore della concessione. Debutta poi il Ppp, sempre con rischio operativo al privato, un insieme di contratti (disponibilità, leasing, finanza di progetto) dove il privato costruisce e gestisce opere ripagate da un canone pubblico.

Lavori dei concessionari (articolo 177)

Confermata la norma della delega che obbliga i concessionari in essere, non affidatari con procedura ad evidenza pubblica o «con la formula della finanza di progetto», a mettere in gara con procedura ad evidenza pubblica almeno l'80% del valore dei lavori (servizi o forniture, a seconda della casistica), purché si tratti di contratti di lavoro, servizi e forniture di importo superiore a 150mila euro. Quest'obbligo di gara (80%) non scatta subito, ma tra due anni («le concessioni già in essere si adeguano entro 24 mesi dall'entrata in vigore del Codice»), e cioè a partire dal 18 aprile 2018. La verifica del rispetto del limite dell'80% sarà a carico dell'Anac, che potrà sanzionare le violazioni più gravi. Nella versione finale non è stata prevista la deroga contrattata con il ministero delle Infrastrutture: le concessionarie non avranno regole speciali per i lavori che restano in gestione diretta.

Autostrade scadute (articolo 178)

Per quanto riguarda le autostrade, si stabilisce che le concessioni scadute (alla data di entrata in vigore del Codice) devono andare in gara entro sei mesi (sempre dall'entrata in vigore); ove la scadenza avverrà nei 24 mesi successivi a tale data, la gara deve essere avviata «nel più breve tempo possibile». Tuttavia già sappiamo che il Ministro Graziano Delrio, utilizzando le norme sull'in house, sta derogando a questi principi generali nel caso di AutoBrennero e Autovie Venete. Per le opere non completamente ammortizzate alla scadenza della concessione, «il concessionario uscente ha diritto a un indennizzo da parte del concessionario subentrante». Per le concessioni autostradali il rischio operativo da trasferire al privato deve comprendere anche il rischio traffico, una norma che appare limitativa perché anche all'estero esistono Pf autostradali con rischio traffico non trasferito al privato e invece canoni variabili in base a parametri di disponibilità.

Débat public (articolo 22)

Il dibattito pubblico alla francese entra nel nostro sistema e diventa obbligatorio per le grandi opere infrastrutturali aventi impatto rilevante sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, «individuate per tipologia e soglie dimensionali con decreto del MIT, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici». L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore proponente l'opera soggetta a dibattito pubblico convoca una conferenza cui sono invitati gli enti e le amministrazioni interessati, e altri portatori di interessi (ivi compresi comitati di cittadini), che abbiano già segnalato agli enti locali territoriali il loro interesse. Nella conferenza si definiscono le modalità del dibattito pubblico che, in ogni caso, deve concludersi entro quattro mesi dalla predetta convocazione. Il parere al quale si giunge non è vincolante, ma dovrà essere valutato dall'amministrazione in fase di definizione del progetto definitivo.

Procedure digitalizzate (articolo 44)

Entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, un decreto del ministro per la Pubblica amministrazione definisce le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, "anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni". Non vengono, però, previsti obblighi di alcun tipo.

Clausole sociali (articolo 50)

Viene chiarito che il loro utilizzo è solo facoltativo. "Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato". Quindi, il nuovo Codice non prevede alcun obbligo.