

Edilizia e Territorio

Poteri Anac e addio al regolamento le novità della riforma appalti, su varianti e qualificazione cambierà poco

Riflettori sulla delega: tra i punti di maggiore innovazione anche il rating di reputazione delle imprese. Continuità su opere sottosoglia, attestazioni Soa e affidamenti in house tra Pa

22 gennaio 2016 - Roberto Mangani

La definitiva approvazione della legge delega per la riforma degli appalti ha suscitato molti apprezzamenti, tutti volti a sottolinearne gli elementi di innovazione e di rottura con il passato. È indubbio che il testo approvato contiene alcune significative novità da valutare senz'altro in termini positivi. Tuttavia, al di là di questa notazione di principio, può essere utile un'analisi più articolata per meglio comprendere l'esatta portata delle innovazioni introdotte, raggruppando i criteri indicati dalla legge delega in tre grandi macrocategorie: quelli che introducono le innovazioni sostanziali e potenzialmente più dirompenti rispetto all'assetto normativo attuale; quelli che modificano gli istituti vigenti, prevedendo per gli stessi novità circoscritte; e infine quelli che – nonostante l'aprioristica adesione che hanno ricevuto – si pongono in realtà in sostanziale continuità con la disciplina attuale.

LE NOVITÀ PIÙ IMPORTANTI

Nel primo gruppo va senza dubbio inserita la scelta che potremmo definire della **deregolamentazione**. Si tratta dell'eliminazione delle norme regolamentari di attuazione della normativa primaria – oggi contenute nel Dpr 207/2010 – che vengono sostituite dalle linee guida la cui redazione viene affidata all'Anac e che devono successivamente essere approvate con un Decreto del Ministero delle Infrastrutture.

La grande novità di questa impostazione risiede nel demandare la disciplina attuativa delle norme primarie a un atto – le linee guida – che, per sua stessa natura, ha una flessibilità che certamente non può essere presente in uguale misura in qualunque norma, anche di tipo regolamentare. Ciò dovrebbe renderne più agevole la costante revisione, anche se l'approvazione con decreto ministeriale attenua questo elemento di flessibilità, posto che alle linee guida viene comunque attribuita una copertura di tipo normativo (il decreto ministeriale resta un atto di normazione secondaria, per quanto semplificato). Questa scelta, peraltro, appare la sola in grado – nell'ambito del sistema delle fonti del diritto che vige nel nostro ordinamento giuridico - di attribuire alle linee guida quel grado di vincolatività nei confronti degli enti appaltanti che appare condizione fondamentale per l'efficace funzionamento del meccanismo individuato.

L'emanazione delle linee guida, come detto, è affidata all'Anac, in coerenza con il rafforzamento – e in parte dal cambiamento di ruolo – dell'Autorità di vigilanza. Tale ruolo viene definito sia attraverso l'individuazione di alcune funzioni di carattere generale, sia con il richiamo ad alcune specifiche competenze dell'Autorità rispetto alle modalità di funzionamento di particolari istituti.

Al di là di un generico potere di indirizzo e vigilanza - non dissimile da quello già esercitato attualmente dalla stessa Autorità in continuità con quanto fatto in passato dall'Avcp – vi sono due specifiche previsioni contenute nella legge delega che meritano di essere segnalate. La prima attiene al riconoscimento in capo all'Anac di un **potere di intervento cautelare** che si accompagna a quello sanzionatorio. Sembra quindi aprirsi uno spazio, i cui confini sono tutti da definire, per un'azione preventiva dell'Anac, anche se occorrerà verificare in che termini il legislatore delegato intenderà interpretare tale potere. La seconda previsione riguarda l'attribuzione agli **atti di indirizzo emanati dall'Anac** - quali linee guida, bandi tipo, contratti tipo e altri strumenti di regolamentazione flessibile - di un'**efficacia vincolante**, fatta salva la loro impugnabilità (al pari di tutte le altre decisioni assunte dall'Anac) presso il giudice amministrativo.

Si tratta di un aspetto molto delicato, poiché involge il tema – che potrebbe implicare anche profili di legittimità costituzionale - dell'autonomia decisionale degli enti appaltanti che viene fortemente ridimensionata. Ma si tratta di una novità potenzialmente idonea a introdurre profondi cambiamenti nelle modalità operative di svolgimento delle gare.

Sempre all'Anac fa capo la novità che si profila in tema di **qualificazione dei concorrenti** alle gare. Si tratta delle così dette misure di premialità, che dovrebbero cioè portare a individuare **meccanismi premianti**, ai fini della qualificazione, a favore delle imprese che nell'esecuzione dei precedenti contratti si siano caratterizzate in relazione a due profili: rispetto dei tempi e dei costi e gestione dei contenziosi.

All'Anac è infatti attribuito il compito di individuare, con propria determinazione, **criteri reputazionali** fondati su parametri oggettivi e misurabili sulla base dei quali verificare il comportamento virtuoso delle imprese sotto i due profili sopra indicati e tradurlo appunto in misure di premialità. Viene così introdotto un istituto che per la prima volta

in maniera sistematica mira a premiare, ai fini della partecipazione alle gare, le imprese che hanno ben operato nell'esecuzione dei contratti precedenti.

Novità significative vengono delineate anche in tema di **contenzioso**, attraverso un più ampio riconoscimento dell'interesse generale in sede di decisione in merito alla concessione delle misure cautelari e il rafforzamento del rito semplificato per i ricorsi in materia di esclusione dalle gare e, soprattutto, la preclusione della possibilità di sollevare questioni relative all'esclusione in sede di contenziosi relativi all'aggiudicazione.

Una svolta significativa viene delineata in materia di criteri di aggiudicazione, con l'individuazione del **criterio basato sul rapporto qualità prezzo** (il tradizionale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) quale sistema di selezione dell'offerta da adottare in via ordinaria, relegando a ipotesi specifiche e da motivare adeguatamente il ricorso al prezzo più basso.

Il cambio di prospettiva è molto rilevante anche in relazione al **ridimensionamento delle normative speciali per la realizzazione di opere pubbliche**. Da un lato viene definitivamente archiviata la stagione della legge obiettivo, di cui viene previsto l'integrale superamento; dall'altro, vi è il tentativo di limitare le deroghe in relazione agli interventi dettati da emergenze di protezione civile e da quelli connessi a contratti segreti.

Infine, va ricordata l'introduzione per la prima volta nel nostro ordinamento di una forma di **dibattito pubblico delle comunità locali** dei territori interessati alla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali, che dovrebbe favorire il riconoscimento in sede di progetto definitivo delle istanze locali e facilitare quindi la materiale realizzazione dell'opera.

I CAMBIAMENTI MINORI

Vi sono poi una serie di tematiche su cui le indicazioni contenute nella legge delega delineano alcuni cambiamenti che, pur non essendo trascurabili, non hanno la portata innovativa evidenziata nei casi precedenti. Va in questa direzione l'accentuazione del processo di **digitalizzazione delle procedure di affidamento**, cui viene collegato l'obiettivo di facilitare l'accesso alle gare delle micro, piccole e medie imprese.

Una innovazione di rilievo, anche se relativa a un aspetto puntuale, riguarda la composizione e la nomina delle commissioni giudicatrici chiamate a selezionare la migliore offerta. Viene infatti creato presso l'Anac un albo nazionale in cui devono essere obbligatoriamente iscritti coloro che possono essere nominati **componenti delle commissioni giudicatrici** e che devono essere in possesso di specifici requisiti di moralità, competenza e professionalità. La nomina dei componenti della commissione giudicatrice dovrà avvenire per le singole gare sulla base di una rosa di candidati prescelti dall'ente appaltante tra gli iscritti all'albo in numero almeno doppio rispetto ai membri da nominare e rispettando il principio della rotazione. La scelta dovrà poi avvenire con sorteggio nell'ambito di questa lista.

È evidente l'intento sotteso a questa previsione: si vuole sottrarre la scelta dei componenti le commissioni giudicatrici all'ente appaltante che ha bandito la gara, nella logica di evitare possibili pressioni e condizionamenti delle singole realtà locali e di assicurare quindi, in ultima istanza, una maggiore trasparenza in un momento decisivo ai fini del corretto svolgimento del relativo iter procedurale.

Va segnalata poi una novità sotto un profilo strettamente tecnico. Si tratta dell'intento di favorire in sede di **redazione dei progetti l'utilizzo di metodi e strumenti elettronici**, quali la modellazione elettronica e informativa.

Lungo un solco più tradizionale si muove un'altra novità che merita di essere segnalata. Essa riguarda il cambio di prospettiva per ciò che concerne gli **incentivi che vengono riconosciuti agli uffici interni degli enti committenti**. Tali incentivi non vengono più focalizzati essenzialmente sull'attività di progettazione – come previsto attualmente – bensì dirottati sulle attività tecniche relative alla programmazione della spesa per gli investimenti, alla predisposizione e al controllo delle procedure di gara e a quelle relative all'esecuzione del contratto, alla direzione lavori e ai collaudi.

Si tratta di un significativo mutamento di indirizzo, la cui ratio va identificata nella volontà di disincentivare la progettazione interna a favore del più efficace svolgimento di altre funzioni, come quelle di programmazione e di redazione degli atti strumentali allo svolgimento della gara e all'esecuzione dei lavori, che si ritengono maggiormente attinenti alle funzioni essenziali dei committenti pubblici.

LA CONTINUITÀ SOSTANZIALE

Vi sono infine alcuni profili su cui – al di là di generiche affermazioni volte a ribadire e a rafforzare i principi di trasparenza ed efficacia – i criteri di delega non sembrano prefigurare novità sostanziali. Ne è un esempio l'indicazione relativa alla **disciplina dei contratti sotto la soglia comunitaria**, per la quale il relativo criterio di delega si limita a riaffermare l'esigenza di coniugare i principi di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti con quelli di trasparenza e imparzialità delle gare.

Analoghe considerazioni valgono per il **regime di qualificazione dei concorrenti alle gare**. Al di là del rating reputazionale – di cui si è detto più sopra – sia per i lavori che per le forniture e i servizi vengono sostanzialmente ribaditi i principi e le regole di carattere generale già oggi vigenti. In particolare, nessuna novità di rilievo si profila per il sistema di qualificazione nel settore dei lavori, che continua a essere incentrato sull'**attestazione Soa**.

A livello di dimostrazione dei requisiti, l'introduzione del Documento di gara unico europeo (**Dgue**) appare una **novità più formale che sostanziale**. Dal punto di vista concettuale, infatti, questo nuovo documento non è estraneo, nella sua configurazione e nel suo meccanismo di funzionamento, all'attuale quadro normativo nazionale, in quanto richiama le autodichiarazioni ex DPR 445/2000 che i concorrenti rilasciano ai fini della partecipazione alle gare.

Anche in tema di **soccorso istruttorio**, viene ribadita la volontà di consentirne l'utilizzo secondo modalità molto ampie, in linea con quanto già attualmente previsto dalla normativa nazionale in virtù delle novità recentemente

introdotte in materia. L'unico elemento di diversità rispetto alla disciplina vigente riguarda l'indicazione secondo cui la possibilità di integrazione documentale deve avere carattere non oneroso, che non appare in linea con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria attualmente prevista a carico del concorrente che intenda ricorrere al soccorso istruttorio.

Poche le novità anche in tema di varianti. Dalla lettura del relativo criterio di delega si ricava una sostanziale continuità con la disciplina vigente: viene infatti ribadita sia la finalità ultima che si intende perseguire, e cioè quella di delimitare la possibilità di ricorrere alle varianti in corso d'opera, sia il meccanismo con cui perseguire l'obiettivo, incentrato sull'individuazione di puntuali condizioni sostanziali e procedurali.

Anche in tema di **affidamenti in house** non sembrano delinearsi novità rilevanti. Il profilo più innovativo è da rinvenirsi nella volontà di assicurare comunque una qualche forma di pubblicità e di trasparenza anche per gli affidamenti in house. Questo obiettivo viene perseguito da un lato prevedendo l'obbligo di iscrizione in un elenco – ancora una volta gestito dall'Anac - dei soggetti che intendono procedere ad affidamenti in house, quale presupposto di legittimità degli stessi. Dall'altro, assicurando comunque la valutazione in merito alla congruità economica dell'offerta dell'affidatario, all'evidente fine di evitare che gli affidamenti in house avvengano sulla base di parametri economici fuori mercato.

Una notazione particolare merita infine il tema dell'**avvalimento**. Il relativo criterio di delega, infatti, da un lato ripropone l'affermazione di carattere generale secondo cui la revisione della disciplina sull'avvalimento deve avvenire nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa. Coerentemente, viene sottolineata la necessità che la normativa di recepimento indichi nel dettaglio i contenuti che deve avere il contratto di avvalimento, specie con riferimento ai requisiti così detti immateriali. In questo quadro di sostanziale continuità con la disciplina vigente, viene tuttavia introdotto un elemento di difficile lettura. Si tratta della previsione secondo cui la normativa di recepimento dovrebbe stabilire che non possano essere oggetto di avvalimento «il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare».

Questa indicazione, nella sua generica formulazione, lascia molto perplessi. Essa, infatti, contrasta con l'affermazione iniziale secondo cui la normativa di recepimento in materia di avvalimento deve essere dettata nel pieno rispetto dei principi comunitari e della giurisprudenza amministrativa. Tali principi pacificamente indicano l'avvalimento come un istituto di applicazione generalizzata, utilizzabile quindi per la dimostrazione di tutti i requisiti di qualificazione, senza alcuna distinzione o limitazione. L'istituto, infatti, nasce e trova la sua ragione proprio nella possibilità di colmare un deficit di qualificazione da parte di un potenziale concorrente, cui viene appunto consentito di avvalersi dei requisiti di un diverso soggetto. Affermare, in termini del tutto generici, che non può essere oggetto di avvalimento la «qualificazione» necessaria per eseguire le prestazioni significa minare alla radice la stessa ragion d'essere dell'istituto, rendendo nei fatti impossibile qualunque disciplina dello stesso.

UNA RIFORMA TARGATA ANAC

Al di là dell'analisi relativa al minore o maggiore grado di innovazione contenuto nei criteri di delega relativi ai diversi istituti, un dato emerge con nettezza: l'intera riforma appare incentrata sul ruolo e sui poteri dell'**Anac, vero centro propulsore cui è affidata l'attuazione delle novità più significative.**

Oltre al generale potere di indirizzo e controllo del sistema, all'Autorità è attribuita una funzione essenziale nella definizione delle linee guida applicative, nella fissazione dei criteri per l'attribuzione del rating reputazionale, nel meccanismo di funzionamento delle commissioni giudicatrici, nel sistema di qualificazione, negli affidamenti in house. Un ruolo così centrale, specie con riferimento agli istituti più innovativi, da poter affermare che una parte significativa del successo della riforma dipenderà da come l'Anac gestirà i molteplici poteri che le sono stati affidati.