

SCHEMA DI DECRETO CORRETTIVO AL CODICE DEI CONTRATTI

OSSERVAZIONI

PREMESSA

Il Governo ha recentemente varato lo schema di decreto correttivo del nuovo Codice degli appalti, ora sottoposto ai pareri del Parlamento e del Consiglio di Stato

Si tratta di un provvedimento fortemente atteso dagli operatori del settore, che interviene su alcuni profili della normativa che, in questo primo anno di applicazione, hanno mostrato alcune criticità.

Lo schema di decreto correttivo adottato va, per molti aspetti, nella giusta direzione, avendo introdotto alcune positive modificazioni che, naturalmente, si auspica vengano mantenute nel testo del decreto che verrà definitivamente approvato. Tra queste, si segnalano le seguenti:

- reintroduzione di un arco temporale più ampio per il computo requisiti ai fini SOA (art. 84, comma 4, lett. b);
- reintroduzione della possibilità di utilizzare il miglior quinquennio per la dimostrazione del fatturato nelle gare sopra i 20 mln (art. 84, comma 7, lett a);
- opere di urbanizzazione “a scomputo”:
 - applicazione delle regole previgenti per l'affidamento delle opere di urbanizzazione previste nelle convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo codice (nuovo art. 216, comma 27 quater);
 - affidamento, con procedura negoziata senza bando, delle opere di urbanizzazione secondarie fino ad 1 mln di euro (occorrerebbe tuttavia elevare tale importo fino alla soglia comunitaria) (art. 36, comma 3)
- possibilità, per i soggetti che alla data di entrata in vigore del Codice svolgevano la funzione di direttore tecnico d'impresa, di continuare a svolgere tali funzioni, (nuovo art. 84, comma 12 bis);
- deroga appalto integrato per progetti definitivi già approvati alla data di entrata in vigore del Codice (20 aprile 2016) (nuovo art. 216, comma 4 bis)
- ricorso al general contractor solo per opere sopra 100 milioni (art. 195, comma 1)
- con riferimento al PPP, innalzamento del tetto dal 30 al 49 per cento del contributo pubblico (art.165, comma 2) nonché previsione del riferimento alla cauzione provvisoria – e non più definitiva – a corredo della proposta del promotore, per ipotesi di project financing fuori programmazione (art. 183, comma 15);
- per gli appalti aggiudicati con il criterio dell'OEPV, intera commissione sorteggiata da lista trasmessa dall'Anac, e, per appalti sotto 1 milione di euro o che non presentano particolare complessità, obbligo di nomina esterna almeno del Presidente (art 77);

PRINCIPALI CRITICITA'

Al di là di tali aspetti positivi, permangono ancora alcuni “nodi”, che occorre sciogliere, al fine di riportare la normativa in una più stretta aderenza agli obiettivi di semplificazione, trasparenza, legalità, qualificazione e massima concorrenza, tracciati dal Parlamento con la legge delega n.11/2016.

Non può più essere rinviato infatti un “cambio di passo”, volto a migliorare il funzionamento del mercato degli appalti e a renderlo effettivamente strumento di crescita del Paese, come previsto dagli obiettivi della strategia europea 2020.

Le principali criticità, sulle quali si auspica un intervento correttivo, sono le seguenti:

➤ **Esclusione automatica offerte anomale con metodo antiturbativa (artt. 95 comma 4 e 97, comma 8)**

Lo schema di correttivo reca un’apertura verso l’utilizzazione dell’esclusione automatica delle offerte anomale con metodo “antiturbativa”, anche per gli appalti sopra 1 milione di euro e fino a soglia comunitaria. Tuttavia, tale apertura sembrerebbe riguardare unicamente l’ipotesi dei lavori di urgenza, da affidare con procedura negoziata, per i quali, la nuova lettera c-bis dell’articolo 95, comma 4, consente l’utilizzo del massimo ribasso senza limiti di importo.

Inoltre, lo schema di decreto contiene un’ulteriore criticità, rispetto alla disciplina vigente, in quanto, rende possibile l’utilizzo dell’esclusione automatica nei lavori fino a 1 milione di euro, solo in assenza di interesse transfrontaliero.

Ad avviso dell’ANCE, poiché si tratta di un sistema di aggiudicazione che assicura la massima semplificazione procedurale, garantendo, al contempo trasparenza, legalità e deflazione del contenzioso (stante l’assenza della fase di verifica dell’anomalia), occorre elevare la soglia di utilizzo dello stesso in via generalizzata, per tutte le tipologie di lavori, portandola, in via obbligatoria, fino a 2,5 milioni di euro, e, fino a soglia comunitaria, ove non sussista interesse transfrontaliero.

Inoltre, appare opportuno chiarire quale sia la **definizione** di “**interesse transfrontaliero**”, **al fine di evitare prassi interpretative disomogenee** da parte delle stazioni appaltanti circa la sussistenza o meno dello stesso. A tal fine, può utilmente soccorrere quanto già previsto dal legislatore siciliano con la legge regionale n. 12/2011 (articolo 19 comma 5) - applicata in Sicilia fino al D.lgs. 50/2016 e mai contestata - secondo cui hanno carattere transfrontaliero gli appalti alle cui procedure di gara siano state ammesse,

in percentuale pari o superiore al 5 per cento, imprese aventi sede in Stati dell'Unione Europea diversi dall'Italia).

Infine, occorre correggere la previsione dello schema di correttivo che consente l'esclusione automatica solo laddove l'affidamento avvenga sulla base del progetto esecutivo, considerato che lo stesso schema allarga le possibilità di ricorso all'appalto integrato. Infatti, si prevedono, in via transitoria, specifiche deroghe al divieto di appalto integrato (per i progetti già approvati alla data di entrata in vigore del codice e per i lavori di manutenzione ordinaria) e, in via ordinaria, si consente il ricorso allo stesso anche nei casi di lavori con prevalenza dell'elemento tecnologico e per i lavori di urgenza.

➤ **Subappalto (art. 105)**

La normativa nazionale vigente sul punto, al pari di quanto ipotizzato nello schema di decreto correttivo, non appare in linea con quella comunitaria sotto molteplici profili. Su tale tema, Ance ha presentato **un esposto alla Commissione UE, al quale si rimanda** (cfr.all 1)

➤ **Concessionari senza gara (art. 177):**

Lo schema di decreto correttivo prevede:

- l'esclusione delle manutenzioni ordinarie e dei lavori eseguiti in proprio, dalla percentuale (pari all'80%) che i soggetti titolari delle concessioni prese "senza gara" devono affidare a terzi;
- l'eliminazione dell'obbligo di qualificazione dei concessionari come stazioni appaltanti

Al riguardo, va sottolineato che la regola europea impone, ai soggetti che hanno avuto le concessioni senza gara, di affidare a terzi il 100% dei lavori di rispettiva competenza.

Ciò posto, occorre confermare, per le concessioni non affidate con procedure ad evidenza pubblica ai sensi delle direttive UE in materia di appalti e concessioni, la regola – **contenuta nella legge delega e riprodotta nel Codice - che impone che almeno l'80% (anziché il 100%, come imposto dalla Commissione Europea) di tali lavori venga esternalizzato dai predetti concessionari entro 24 mesi dall'entrata in vigore delle nuove regole.**

Si tratta infatti **di una soluzione di compromesso, dalla quale non ci si può discostare, svuotandola di contenuto.**

Inoltre, occorre distinguere a livello normativo la disciplina delle concessioni caratterizzate dalla prestazione della "gestione", che remunera l'investimento, da quelle che non prevedono prestazioni di "gestione" dell'opera che

secondo la disciplina comunitaria sono semplici contratti di lavori: trattasi delle concessioni “di sola progettazione ed esecuzione”, i cui affidamenti originari sono databili ante “legge Merloni”.

Stante l’assenza dell’attività di gestione, tali affidamenti vanno ricondotti alla tipologia dell’appalto di tipo integrato o, al più, a quello identificabile nell’affidamento a contraente generale di cui all’art.194; dato che l’appalto non prevede obblighi specifici di affidamento a terzi, la particolare disciplina dell’art.177 valevole solo per le concessioni vere e proprie non può trovare applicazione a tale tipologia di concessione.

- viene fissato un termine di esclusione dalle gare di **3 anni, decorrenti dalla data del fatto, in caso di irregolarità fiscale o contributiva nonché nei casi di cui al comma 5 dell’art. 80, ove non sia intervenuta una condanna**. Si tratta di una previsione irragionevole, laddove manchi una condanna definitiva, oltre che incoerente con altri commi dell’art. 80 che, per le irregolarità fiscali, contributive, e relative alla sicurezza richiedono la definitività dell’accertamento; quindi andrebbe soppressa (art. 80, comma 10).
- permanenza **della decadenza della concessione in caso di mancato finanziamento oltre 12 mesi**
La norma appare eccessivamente rigida e rischia di bloccare l’utilizzo del partenariato pubblico privato, soprattutto in considerazione delle difficoltà riscontrate per la bancabilità delle operazioni.
Occorrerebbe ripristinare il termine di ventiquattro mesi dall’approvazione del progetto definitivo o, in alternativa, prevedere che, allo spirare del termine, la decadenza dall’affidamento non sia automatica bensì soggetta ad una valutazione delle circostanze giustificative di un ritardo nel perfezionamento del contratto di finanziamento per cause non attribuibili al concessionario.
- assenza di una **previsione del divieto di sorteggio ai fini dell’invito dei soggetti alle procedure negoziate**; si tratta di un meccanismo di selezione che solleva notevoli perplessità, in quanto determina una scelta casuale degli operatori da invitare alla gara e quindi:
 - svislisce la qualificazione acquisita dalle imprese, non tenendo in alcuna considerazione le effettive capacità dei potenziali concorrenti
 - vanifica qualunque possibilità di programmazione dell’attività di impresa
- permanenza dell’**impossibilità di iscrivere riserve su progetti validati** (art. 205, comma 2);
Il Codice non consente di iscrivere riserve su aspetti progettuali, una volta validati (ossia sempre).

Occorre eliminare tale norma, che determina una ingiustificata compressione del diritto soggettivo dell’appaltatore di far valere una domanda di maggior corrispettivo, di rimborso di spese sostenute o di risarcimento del danno, per

errori non imputabili allo stesso, e che potrebbero, peraltro, dipendere anche da comportamenti illeciti dell'amministrazione.

ULTERIORI PUNTI CRITICI

- **assenza della definizione** di lavori di **manutenzione**;
- con riferimento alle **gravi infrazioni in materia di sicurezza**, manca la precisazione, presente nel previgente codice, che il fatto, per poter rilevare, deve risultare dal Casellario giudiziale (art. 80, comma 5, lett. a)
- con riferimento al **grave illecito professionale**, sussiste una eccessiva indeterminatezza delle fattispecie riconducibili a tale causa di esclusione dalla gara, che non risultano chiaramente ancorate all'esistenza di provvedimenti definitivi (art. 80, comma 5 lettera c);
- possibilità per **la stazione appaltante di fissare nel bando di gara le misure in cui i requisiti devono essere posseduti da ATI, reti e consorzi occasionali**, fermo restando che la mandataria debba possedere in misura maggioritaria (art. 83, comma 8);
- assenza disciplina **cooptate**;
- permanenza **dell'obbligo di effettuare controlli, almeno a campione, in gara sui requisiti oggetto di attestazione SOA** (art. 84, comma 6); al fine di evitare duplicazioni della fase di qualificazione, le stazioni appaltanti dovrebbero infatti limitarsi a verificare eventuali incongruenze tali da mettere in dubbio la sussistenza dei requisiti
- **rating d'impresa come elemento** di valutazione anche dell'**offerta economica** (art. 95, comma 13);
- **eliminazione dell'incremento percentuale della garanzia definitiva, in caso di ribasso superiore al 10% o al 20%**; ciò in quanto gli effetti di contenimento dei ribassi, che tale misura sottendeva al momento della sua introduzione (2002), risultano smentiti dai dati sulla media dei ribassi di questi anni (ribassi che, *per tabulas* risultano comunque decisamente aumentati); non ha quindi più senso addossare alle imprese l'aumento di costo legato a tale incremento percentuale progressivo (art. 103, comma 1);
- mancata eliminazione delle **imprese fallite o in concordato con continuità** dalla possibilità **di partecipare alle gare**; peraltro, estromissione del parere ANAC in merito alla possibilità di autorizzare l'impresa fallita o in concordato ad partecipare alle gare/eseguire i lavori (art. 110, comma 3)
- assenza di un quadro completo per quanto riguarda la **consegna dei lavori, sospensioni, l'eccezione di inadempimento per mancato pagamento dei SAL** da parte della stazione appaltante;
- mancata introduzione dell'obbligo di pagamento dei **SAL con cadenza bimestrale** (art 101);
- **termini di pagamento non in linea con direttiva comunitaria** (in particolare, il termine per l'emissione del certificato di pagamento viene fissato entro 45 – e non 30 – gg dalla maturazione dello stato di avanzamento lavori). Peraltro, le linee guida Anac sul Rup, vincolanti in tale

parte, prevedono 7 giorni dalla maturazione del SAL) (artt. 102, comma 3 e 113 bis);

- **assenza di un richiamo specifico alla speciale disciplina sull'adeguamento del corrispettivo vigente per i lavori nonché permanenza del dimezzamento dell'importo a compensazione dell'aumento del costo dei materiali subito dall'appaltatore** (art. 106, comma 1, lett. a);
- mancata reintroduzione, per le **opere** che siano state **poste in esercizio prima del collaudo**, dello svincolo automatico delle garanzie di buona esecuzione;
- mancato inserimento del principio secondo il quale ciascun livello di **progettazione contiene indicazioni per effettuare la stima dei costi della sicurezza** (art. 23- 7 bis);
- **mancato inserimento del fascicolo** adattato alle caratteristiche dell'opera **a corredo del progetto definitivo e di quello esecutivo** (art. 23 – 8 bis);
- **mancato inserimento della possibilità di presentare proposte migliorative al piano di sicurezza e coordinamento**, da parte dell'appaltatore, prima della consegna dei lavori (art. 23 – bis).
- Mancata eliminazione del **divieto di utilizzo dell'accordo bonario per il general contractor** (art. 205, comma 1)
- **inserimento** termine di decadenza di **60 gg** per l'impresa per proporre azione in sede giurisdizionale in caso di fallimento dell'accordo bonario (art. 205, comma 6 bis);
- **soppressione collegio consultivo tecnico** ai fini della risoluzione delle controversie relative all'esecuzione dei lavori (art. 207);
- **mancato rafforzamento dell'istanza di precontenzioso ANAC**, con previsione della sospensione della qualificazione della stazione appaltante in caso di suo mancato adeguamento ad un parere di precontenzioso, poi confermato in sede giurisdizionale (art. 211)
- **regime transitorio su appalto integrato**: per contemperare la scelta del codice di mantenere la centralità del progetto con l'esigenza di cantierizzazione dei lavori senza perdere i finanziamenti comunitari, occorre contenere il periodo transitorio che consente una deroga al divieto di appalto integrato, riducendolo a 12 mesi, anche in coerenza con la programmazione annuale dei fondi comunitari, che avviene non oltre i mesi di dicembre/gennaio (art. 216, comma 4 bis)

Roma, 17 marzo 2017

all 1