

*Il Presidente*

Cod. ND18- P2
Cod. LF/rg
Circolare n. 12

Protocollo Generale (Uscita)
cnapperm - aoo_generale
Prot.: 0000163
Data: 19/01/2016

Ai Consigli degli Ordini degli Architetti,
Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori
LORO SEDI

Care colleghe e colleghi,

certi di fare cosa utile Vi alleghiamo un estratto di edilizia e territorio del Sole 24 Ore che sintetizza le novità contenute nella Legge Delega approvata in via definitiva che detta le regole sulla base delle quali il Governo sta scrivendo il nuovo Codice degli Appalti, che vuole fare entrare in vigore tra 4 mesi.

L'intervento politico del Consiglio Nazionale ha dato frutti importanti, soprattutto in fase di impostazione e filosofia del futuro Codice, ottenendo, tra l'altro:

- che vi siano linee guida e non il Regolamento, continuando così la nostra battaglia contro la burocratizzazione dei progetti e togliendo potere a chi, sulla scorta della conoscenza del comma e del sotto-comma, governa le scelte non sulla qualità bensì sulla attinenza regolamentare e sue interpretazioni;
- che il concorso sia la procedura normale per l'aggiudicazione dei progetti pubblici, limitando di molto l'uso dell'appalto integrato, riportando ad un soggetto le diverse fasi di progettazione, eliminando il massimo ribasso e rendendo accessibili i requisiti;
- che tra i criteri di valutazione conti il ciclo di vita dell'edificio e la sua sostenibilità ambientale;
- che i progetti pubblici siano, appunto, "pubblici" ovvero resi accessibili a tutti mediante un sito "open project" così che le scelte e la qualità siano evidenti; che in fase di programmazione siano sottoposti a dibattito pubblico.
- che la PA investa in programmazione e fattibilità, premiando con l'incentivo del 2% solo queste fasi;
- che i collaudatori, così come la scelta dei giurati delle commissioni aggiudicatrici, avvenga in specifici Albi.

Questo, assieme ad altri importanti principi, in primis l'affermazione che il codice deve promuovere "...la qualità architettonica e tecnico-funzionale" ci fa ben sperare per il futuro.

Cari saluti.

All.: c.s.

Arch. Leopoldo Freyrie



18 Gen 2016

Riforma appalti, tutte le novità del codice «leggero». Il decreto entro aprile

E.T.

Mai più appalti in deroga (se non per calamità naturali), stop alle varianti che fanno esplodere i costi delle grandi opere, imprese valutate sulla base della reputazione conquistata in cantiere o nello svolgimento dei servizi, freno ai ricorsi che bloccano le opere e monopolizzano le aule dei Tar, spinta all'innovazione con un forte impulso all'uso del Bim, software di progettazione che consente di anticipare gli imprevisti durante i lavori. E soprattutto una drastica semplificazione normativa abbinata alla scelta di mettere al centro del nuovo sistema l'Autorità Anticorruzione guidata da Raffaele Cantone, che avrà il doppio compito di scrivere le regole flessibili («soft law») incaricate di calare nella realtà del mercato il nuovo impianto normativo e indirizzare amministrazioni, imprese e professionisti con atti finalmente vincolanti.

Queste e altre le novità che promette la legge delega per la riforma degli appalti approvata a larga maggioranza dal Senato, giovedì 14 gennaio. E da attuare con un decreto legislativo che va approvato entro il 18 aprile, data in cui scade il termine per recepire le tre direttive europee che hanno dato il la alla riforma e che il ministro delle Infrastrutture Graziano Delrio ha ribadito di voler rispettare.

Il decreto non dovrebbe superare la misura di 120-150 articoli, rispetto agli oltre 600 dell'attuale codice (regolamento incluso), sarà la commissione di 19 esperti nominata da Delrio lo scorso settembre.

Leggi tutti gli approfondimenti e i testi pubblicati sul quotidiano digitale del 15 gennaio scorso

Appalti, con la riforma codice «leggero» e premi alle imprese efficienti (di Mauro Salerno)

Cantone: ruolo centrale all'Anac ma serve il contributo di tutti per garantire legalità ed efficienza (di Giorgio Santilli)

Dai nuovi poteri dell'Anac ai rating per qualificare imprese e Pa: scarica il dossier (di Mauro Salerno)

Riforma appalti, i 72 criteri di delega comma per comma: scarica la tabella (di Giuseppe Latour e Mauro Salerno)

Da Albo dei commissari a varianti, l'Abc della delega in 70 voci (di Giuseppe Latour e Mauro Salerno)

Entro aprile il decreto unico, dalla commissione Manzione 120 articoli per riscrivere il codice (di Giuseppe Latour)

Qualificazione, con il rating di reputazione arrivano i premi per le aziende puntuali e poco «litigiose» (di Roberto Mangani)

Commissari a sorteggio con albo Anac e stretta sul massimo ribasso: ecco come cambieranno le gare (di Luca Leone e Paola Conio)

Dal 18 aprile in vigore il modello unico Ue per i requisiti delle imprese: guida alla compilazione (di Laura Savelli)

Progettazione, addio al massimo ribasso e paletti all'appalto integrato. Cambia pelle l'incentivo 2% per la Pa (di Roberto Mangani)

Tutto da scrivere il capitolo con la stretta sulle varianti, ma arrivano le sanzioni di Cantone per le Pa (di Roberto Mangani)

Rischia di restare sulla carta l'obiettivo di ridurre il numero delle stazioni appaltanti (di G.La.)

Due appalti su tre senza gara, nel mercato da 101 miliardi quasi venti sono assegnati senza bando (di Mau. S.)

Dai lotti più piccoli, al pagamento diretto dei subappaltatori: focus sulle misure per favorire le Pmi (di Luca Leone e Paola Conio)

Project financing, la sfida del «rischio operativo» per i privati: chiarita la confusione tra Ppp e concessione (di Massimo Ricchi)

Appalti verdi, gestioni locali, provincia di Bolzano: ecco chi ha già anticipato la riforma (di Giuseppe Latour)

Le reazioni: dalle imprese ai progettisti la delega raccoglie solo consensi (di G.La.)

15 Gen 2016

Appalti, con la riforma codice «leggero» e premi alle imprese efficienti

Mauro Salerno

Mai più appalti in deroga (se non per calamità naturali), stop alle varianti che fanno esplodere i costi delle grandi opere, imprese valutate sulla base della reputazione conquistata in cantiere o nello svolgimento dei servizi, freno ai ricorsi che bloccano le opere e monopolizzano le aule dei Tar, spinta all'innovazione con un forte impulso all'uso del Bim, software di progettazione che consente di anticipare gli imprevisti durante i lavori. E soprattutto una drastica semplificazione normativa abbinata alla scelta di mettere al centro del nuovo sistema l'Autorità Anticorruzione guidata da Raffaele Cantone, che avrà il doppio compito di scrivere le regole flessibili («soft law») incaricate di calare nella realtà del mercato il nuovo impianto normativo e indirizzare amministrazioni, imprese e professionisti con atti finalmente vincolanti.

In una brutale sintesi è quello che promette la legge delega per la riforma degli appalti approvata ieri a larga maggioranza dal Senato (con il sì di Forza Italia e voto contrario dei Cinque Stelle che invece in prima lettura aveva no optato per l'astensione). Una promessa da mantenere in fretta, attraverso il decreto legislativo chiamato ad attuare e dunque a tradurre i principi contenuti nella delega (forte di ben 72 criteri direttivi) in norme davvero cogenti. Il decreto deve essere approvato entro il 18 aprile, data in cui scade il termine per recepire le tre direttive europee che hanno dato il la alla riforma e che il ministro delle Infrastrutture Graziano Delrio ha ribadito di voler rispettare.

«Da oggi il Paese ha una legge che consente trasparenza, efficacia e legalità nelle opere pubbliche - ha twittato il ministro - Governo, Parlamento, Anac, imprese, insieme per questa importantissima e innovativa riforma. Ora tempi rapidi per la sua attuazione in norme semplici». A scrivere materialmente il decreto, che non dovrebbe superare la misura di 120-150 articoli, rispetto agli oltre 600 dell'attuale codice (regolamento incluso), sarà la commissione di 19 esperti nominata da Delrio lo scorso settembre. A guidare la commissione c'è Antonella Manzione, capo del Dipartimento affari giuridici di Palazzo Chigi. Qualche bozza circola già, ma si tratta di documenti preparatori, già a prima vista ancora largamente incompleti.

La delega approvata ieri mette in moto la seconda riforma degli appalti nel giro degli ultimi venti anni. A innescare la prima, con la legge Merloni del 1994 poi ampiamente rimaneggiata e sfociata nel codice del 2006 fu Tangentopoli. Anche oggi, le inchieste che negli ultimi mesi hanno attraversato il mondo dei lavori pubblici - dall'Expo commissariato a Mafia capitale, fino all'ultimo capitolo degli appalti Anas - hanno lasciato il segno. «La corruzione è uno dei motivi principali che hanno impedito la corretta esecuzione delle opere pubbliche in Italia - ha spiegato in Parlamento Delrio -. Questo codice sarà una ricetta efficace per combattere il fenomeno».

Non è un caso allora la scelta di far girare il sistema intorno ai (tanti) nuovi compiti dell'Anticorruzione. Con la riforma che contribuirà a scrivere attraverso la «soft law» attuativa del nuovo codice, Cantone sarà dotato di poteri di intervento cautelari (possibilità di bloccare in

corsa gare irregolari), mentre il rispetto degli atti di indirizzo al mercato (bandi-tipo, linee guida, pareri) diventerà vincolante per amministrazioni e imprese. In questa chiave va anche letta la nascita di un albo nazionale dei commissari di gara e il divieto di prevedere scorciatoie normative, bypassando o semplificando le gare, per la realizzazione di grandi eventi. Le deroghe alle procedure ordinarie (90 quelle concesse per la realizzazione dell'Expo) potranno essere ammesse soltanto in risposta a emergenze di Protezione civile. All'Anac spetterà anche il compito di qualificare le stazioni appaltanti che saranno abilitate a gestire i bandi per fasce di importo in base al grado di organizzazione e competenza.

Per frenare la deriva dei tempi infiniti dei cantieri arriva la stretta sulle varianti da cui passa l'aumento dei costi in due casi su tre nelle grandi opere, con la possibilità di rescindere il contratto oltre certe soglie di importo. Anche qui è prevista una tagliola di Cantone, che potrà sanzionare le Pa inadempienti sull'obbligo di comunicare all'Anac le correzioni in corso d'opera negli appalti superiori a 5,2 milioni. Importante anche la scelta di valutare le imprese sulla base di un rating di reputazione che terrà conto del comportamento tenuto nei contratti precedenti. Chi dimostrerà di saper rispettare tempi e costi, evitando la prassi del contenzioso per alzare il prezzo in corso d'opera sarà premiato. Per gli altri potrà scattare invece il cartellino rosso. Un modo per allinearsi agli standard anglosassoni dove conta molto come viene eseguito il contratto e non - come finora accaduto in Italia - se sono state (spesso solo) formalmente rispettate le complicatissime procedure dettate dal codice.

Anche le infrastrutture dovranno adeguarsi a costi standard. Con progetti definiti prima di arrivare al cantiere. La delega investe sulla valorizzazione dei progetti, vietando le aggiudicazioni al massimo ribasso (in futuro residuali anche per i lavori) e cancellando la possibilità di bandire le gare su progetto preliminare. Con la delega, grazie a una norma inserita alla Camera, viene poi definitivamente superata la legge obiettivo e cancellata da subito la possibilità di affidare il ruolo di direzione dei lavori ai general contractor.

Ci sono poi misure per favorire la partecipazione al mercato delle Pmi, che vanno però tradotte in realtà e il giro di vite sui ricorsi, che impongono ai giudici di valutare l'interesse pubblico prima di bloccare le gare.



15 Gen 2016

Cantone: ruolo centrale all'Anac ma serve il contributo di tutti per garantire legalità ed efficienza

Giorgio Santilli

La legge sugli appalti affida all'Autorità anticorruzione un ruolo importante, centrale, con molti nuovi poteri, sfide innovative come quella dei poteri regolatori, ma voglio dire subito che noi non cerchiamo medaglie o coccarde. Ci interessa invece avviare una collaborazione con il mondo dell'Università, con gli studiosi e gli esperti del diritto. Ci interessa continuare in un confronto assolutamente positivo con le imprese e gli attori del mercato. Questa non è la scommessa dell'Anac ma è una scommessa da vincere tutti insieme, per rilanciare il settore e per il bene del Paese».

Raffaele Cantone non nasconde «la grande soddisfazione» per un «traguardo parlamentare decisivo che negli ultimi tempi sembrava allontanarsi ogni volta che si avvicinava la decisione finale», ma è anche consapevole della «grande scommessa» che ora si deve vincere con il recepimento delle direttive Ue, con la stesura del nuovo codice cui l'Anac pensa di affiancare da subito «le prime linee guida generali che dovremo fare in stretta collaborazione con il ministero delle Infrastrutture, per affinare poi via via successive linee guida sempre più mirate a settori o aspetti specifici». Sono i cosiddetti «poteri di regolazione o soft regulation», una delle sfide più rilevanti di questa legge, messa in capo - come molte altre - all'Autorità guidata da Cantone.

Presidente Cantone, sarà necessaria una riorganizzazione, un potenziamento dell'Autorità per far fronte a questi numerosi e ambiziosi compiti che vi vengono assegnati?

Anzitutto per noi è necessario fare una riflessione approfondita su come riorganizzarci per far fronte al meglio a questi compiti: l'abbiamo già messa in calendario per giovedì 21 gennaio. Sarà una riunione straordinario del consiglio dell'Autorità di una intera giornata, proprio per capire cosa fare. Per altro, l'approvazione della legge di riforma sugli appalti coincide con l'arrivo del piano di riordino dell'Autorità che ovviamente deve tener conto di questa evoluzione. La riorganizzazione forse richiederà un potenziamento dell'Autorità, considerando anche il compito che ci viene affidato di gestire gli arbitrati per le banche che pure richiede la messa in campo di energie specifiche. Più in generale ci sono collaborazioni da confermare o da rafforzare, come quella con la Guardia di Finanza che è centrale nella nostra attività e sempre più lo sarà in futuro.

Quali sono le norme della riforma degli appalti che maggiormente potranno contribuire alla lotta alla corruzione?

L'idea di fondo di questa riforma è provare a semplificare un meccanismo burocratico molto pesante che, per effetto del codice del 2006, ha governato il settore degli appalti in questi anni. A bilanciare, a compensare questa semplificazione ci deve essere una maggiore trasparenza in alcuni punti chiave del sistema. Penso, per esempio, alle commissioni di gara esterne che

dovranno essere composte da soggetti qualificati e iscritti in un Albo che teniamo noi. Oppure alla necessaria aggregazione delle stazioni appaltanti che passi per un meccanismo di rating, del tutto innovativo, che qualifichi le stazioni appaltanti stesse. O ancora alle gare che dovranno essere aggiudicate con il criterio delle offerte economicamente più vantaggiose e non con il massimo ribasso. Semplificazioni, maggiori controlli puntuali, maggiore trasparenza nei meccanismi decisivi del sistema sono tutte leve che dovranno consentire una riduzione dell'illegalità nel sistema.

Haparlato di qualificazione delle stazioni appaltanti come grande novità. Ma anche la qualificazione su criteri "reputazionali" delle imprese è una grande novità.

Una novità fondamentale che introduce una logica totalmente nuova per questo settore. La logica è di premiare non solo chi svolge bene il proprio lavoro, ma soprattutto chi si dimostra affidabile per la pubblica amministrazione. Le imprese che risulteranno affidabili e si comporteranno correttamente, saranno premiate.

Un'altra novità epocale è l'abolizione del regolamento per lasciare spazio alla soft regulation alimentata dalle vostre linee guida, in collaborazione con il ministero delle Infrastrutture.

Mi lasci ringraziare anzitutto il ministro Delrio con cui c'è una collaborazione strettissima e una sinergia molto forte, con una interlocuzione continua. Le manifestazioni di fiducia pubbliche, e non solo, del ministro nei nostri confronti hanno contribuito non poco a un ruolo dell'Anac che comunque ci viene riconosciuto da tutti gli operatori. Nelle decine e decine di audizioni fatte per questa legge non ho praticamente voci che si sono levate contro i poteri affidati all'Anac. In questo ambito, le linee guida e la soft regulation cui faceva riferimento sono una novità che ha fatto storcere il naso ai puristi del diritto. Qui si rinuncia a regolamentare con un provvedimento che discende dai ministeri e ci si affida a un provvedimento messo a punto da una istituzione tecnica e indipendente come noi siamo. È la prima volta che avviene.

Quando e come pensate di intervenire con queste linee guida?

La mia idea è di approvare le prime linee guida, quelle che dovremo fare in collaborazione con il ministero delle Infrastrutture, già in concomitanza dell'approvazione dei decreti attuativi della delega e con il nuovo codice. Saranno linee guida a carattere generale che avranno anche il compito di garantire una continuità operativa al sistema. Ci avvarremo, in questo, anche delle centinaia di atti di regolazione che abbiamo fatto in questo anno di lavoro: bandi tipo, linee guida, pareri alle amministrazioni che, per quanto non fossero cogenti, sono stati adottati praticamente sempre. Ovviamente questa attività svolta è una piccola cosa, comunque da portare a regime, rispetto a quello che ci viene chiesto. Dopo queste prime linee guida generali, entreremo maggiormente nello specifico con linee guida più affinate e settoriali, per affrontare anche aspetti e problemi particolari. Il nostro metodo di lavoro, comunque, in tutti questi casi, resterà sempre quello della consultazione.

Ha fatto cenno al nuovo compito che vi viene affidato di gestire gli arbitrati per le banche. È preoccupato?

Ho una preoccupazione fisiologica rispetto a un compito delicato, ma ho anche la grande soddisfazione di essere stato chiamato a collaborare con istituzioni di primaria importanza per affrontare questo tema che è importante per molti cittadini. A quel tavolo portiamo il nostro contributo.

State collaborando al tavolo che definisce i criteri per gli eventuali risarcimenti. Che tempi prevede?

Parliamo di ristori, non di risarcimenti. Il tavolo ha lavorato molto e il Mef, che lo coordina, conta di rispettare la scadenza che ci siamo dati di fine mese, nonostante il termine fissato dalla

legge sia a marzo.

Qual è la vostra idea sullo svolgimento degli arbitrati? La vostra camera arbitrale nominerà arbitri per valutare i singoli casi?

Noi abbiamo le nostre idee che abbiamo proposto al tavolo. C'è un confronto in corso, non sarebbe corretto che io esponessi pubblicamente queste idee. Ci sono vari modelli che stiamo valutando, con la possibilità di importare esperienze già fatte oppure alcune idee innovative che noi abbiamo pure proposto e meritano di essere approfondite.



14 Gen 2016

Da Albo dei commissari a Varianti, l'Abc della delega in 70 voci

Giuseppe Latour e Mauro Salerno

Dalla A di Anac alla V di vigilanza e varianti. La riforma degli appalti chiude il suo percorso in Parlamento e diventa definitiva. Nel corso di più di un anno si sono accavallate decine di modifiche, prima della commissione Lavori pubblici del Senato, poi della commissione Ambiente della Camera. Ne è uscito un testo che, rispetto al Ddl presentato dal Governo, è profondamente rivisto. Abbiamo pensato di raccontare la delega mettendo insieme i 70 principi chiave su cui si innesterà la riforma del settore.

Leggi tutti gli approfondimenti sul NUMERO SPECIALE di «Edilizia e Territorio» di oggi

La novità più importante, maturata in questa fase finale, è certamente la scelta di affidare il compito di rendere operativi i capisaldi del nuovo codice attraverso linee guida emanate dal Mit su proposta dell'Anac: una forma di regolazione più flessibile («soft law»), chiamata a sostituire il vecchio regolamento monstre. L'Anac di Raffaele Cantone, diventa uno dei perni dell'intero meccanismo, un nuovo punto di raccordo della vigilanza e dei poteri regolatori in materia di appalti pubblici. Ma non è tutto.

Una nuova attenzione viene riservata alle procedure: dovranno essere più leggere, più concertate, più veloci. L'obiettivo è arrivare a un nuovo Codice più compatto del precedente, che non richieda più l'utilizzo di procedure speciali e in deroga. E che rimetta al centro il ruolo della progettazione, quello delle stazioni appaltanti come controllori e, soprattutto il merito delle imprese, valutate non più solo sulla base di elementi formali ma anche di criteri reputazionali legati alla loro storia. Non sono mancati, poi, in questi mesi, diversi cambiamenti a sorpresa, come la scelta di riservare una quota di lavori in house per le autostrade (20%), o l'alleggerimento, a favore dei piccoli Comuni, delle regole sulle centrali di committenza regionali.

Albo dei commissari di gara

Presso l'Anac nasce un albo nazionale dei commissari, dal quale prendere ogni volta una lista di nomi su cui fare il sorteggio. Dovranno rispettare «specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità». In questo modo, i fenomeni corruttivi sarebbero drasticamente abbattuti. L'Anac dovrà anche tenere conto di eventuali posizioni in conflitto di interessi.

Alta intensità di manodopera

Per i servizi ad alta intensità di manodopera andranno create regole specifiche rispetto agli altri settori. Viene inoltre previsto il divieto di affidare al prezzo più basso gli appalti in cui il costo della manodopera è pari ad almeno il 50% del valore del contratto. La norma è particolarmente attesa dal settore dei servizi.

Anac

Il Ddl attribuisce una serie di poteri e funzioni aggiuntive all'Anac. L'Autorità nazionale anticorruzione «di più ampie funzioni di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante». L'Authority avrà anche il compiti di stilare le linee guida per l'attuazione del codice insieme al Mit, gestirà l'albo dei commissari di gara, l'elenco delle società in house, la qualificazione delle stazioni appaltanti. E dovrà anche controllare il rispetto delle quote di assegnazione degli appalti in house da parte delle concessionarie. Crescono anche i poteri sanzionatori dell'Autorità guidata da Cantone. Potranno essere colpite le Pa inadempienti sulla comunicazione delle varianti, le stazioni appaltanti carenti nei controlli in cantiere, le imprese che non denunciano fenomeni di estorsione e corruzione. Un emendamento approvato in commissione alla Camera impone poi di individuare le norme del codice che se violate fanno scattare le penali dell'Anticorruzione.

Appalti green

La richiesta di prevedere misure volte a favorire l'attenzione all'ambiente nelle procedure di affidamento degli appalti si arricchisce di una nuova prescrizione. Un emendamento approvato alla Camera, prevede infatti l'introduzione di un parametro basato «sui costi del ciclo di vita» delle opere tra i criteri di aggiudicazione che delle gare. Si stabilisce inoltre l'obbligo di prevedere un «maggior punteggio per i lavori, beni e servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente».

Arbitrati

Giro di vite sugli arbitrati. Il testo uscito dalla Camera rende possibili solo quelli amministrati. E comunque sotto il controllo pubblico, riducendo i costi e assicurando il possesso dei requisiti di integrità e imparzialità in capo agli arbitri e agli eventuali ausiliari.

Appalto integrato

Arriva la frenata sull'appalto integrato. Cui si abbina anche la richiesta di valorizzare i concorsi di progettazione. Bisognerà tenere conto del contenuto innovativo o tecnologico delle opere oggetto dell'appalto, in rapporto al valore complessivo dei lavori, prevedendo di norma la messa in gara del progetto esecutivo. Salta, però, la limitazione dell'appalto integrato agli appalti nei quali il contenuto tecnologico superi in valore il 70 per cento dell'importo totale dei lavori. Viene, poi, vietato il ricorso all'affidamento sulla base del solo preliminare. E viene escluso per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria il ricorso al criterio del massimo ribasso.

Autostrade

Autostrade in gara. La riforma prevede l'avvio delle procedure per l'affidamento delle nuove concessioni autostradali non meno di 24 mesi prima della scadenza di quelle in essere, «con revisione del sistema delle concessioni autostradali in conformità alla nuova disciplina generale delle concessioni». Per le concessioni in scadenza alla data di entrata in vigore del decreto delegato dovrà essere prevista una specifica disciplina transitoria che assicuri il rispetto dei principi di evidenza pubblica. Per gli appalti delle concessionarie (incluse le autostrade) vedi la voce «in house».

Avcpass

La banca dati per la verifica dei requisiti per l'accesso alle gare andrà riorganizzata. Nel capitolo dedicato dalla riforma alla qualificazione e ai requisiti delle imprese, la delega inserisce anche un riferimento ad Avcpass, la banca dati oggetto di polemiche ormai da anni. Nel nuovo Codice bisognerà prevedere anche «la revisione e semplificazione dell'attuale sistema», per renderlo di

facile utilizzo per gli operatori. La competenza sull'archivio, però, passerà dall'Anac al ministero delle Infrastrutture, che ne curerà la tenuta.

Avvalimento

Se ne era discusso molto durante le audizioni. Con pesanti critiche arrivate anche dal presidente dell'Anac Raffaele Cantone. La delega fa tesoro di quelle indicazioni chiedendo al governo di limitare in qualche modo il ricorso al prestito dei requisiti tra le imprese in gara. Un fenomeno che ha assunto le dimensioni di un vero e proprio mercato e che permette anche a imprese sprovviste di qualificazione di accedere al mercato degli appalti, contando su appoggi esterni. Il testo precisa che il «contratto di avvalimento» dovrà indicare «nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto». Il tutto però nel rispetto dei principi comunitari (molto laschi in materia).

Bandi tipo

La delega punta a rafforzare molto i poteri di regolazione («soft law») esercitati dall'Anticorruzione. Tra questi acquistano un ruolo di rilievo i bandi-tipo. Gli obiettivi sono due: evitare il fenomeno dei bandi su misura e ridurre il contenzioso legato a errate interpretazioni delle norme. L'Autorità ha già predisposto alcuni modelli, che faticano però a imporsi per la mancanza di sanzioni per gli enti che si discostano dagli standard previsti dall'Anac. Ora la delega prevede di conferire a questi atti «efficacia vincolante».

Beni culturali

La delega prevede la necessità di riordinare e semplificare le norme in materia di beni culturali «garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti».

Bim

Tra le misure dirette a innalzare la qualità della progettazione anche la promozione dell'uso del Bim. I progetti dovranno poi essere pubblicati on line per permettere un'adeguata «ponderazione dell'offerta».

Centrali di committenza

Cambia la formula scelta per stabilire l'obbligo di centralizzare gli appalti. Con paletti meno rigorosi, rispetto a quelli stabiliti in prima lettura al Senato. Ora si precisa che i Comuni non capoluogo dovranno ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, a livello di unioni di comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altri soggetti aggregatori. Nella versione finale sono saltati tutti i riferimenti alla dimensione dell'appalto. Se la stima sul numero delle stazioni appaltanti relativa al testo del Senato, stando alle parole del relatore Stefano Esposito, era di «circa 230» soggetti abilitati a bandire le gare, ora si rischia di salire parecchio.

Collaudi

Oltre che per i commissari di gara, la delega prevede l'istituzione di un albo nazionale ad hoc anche per i collaudatori delle opere affidate con la formula del general contractor. Evidente l'obiettivo di porre fine al "traffico" di incarichi ben remunerati tra i funzionari pubblici. Su questo punto, visto che gli interventi assegnati a contraente generale sono ormai una rarità, dalla commissione Ambiente della Camera è arrivata un'ulteriore stretta. Non saranno più possibili collaudi di opere sopra soglia nella regione sede dell'amministrazione di appartenenza dell'ente e bisognerà anche stabilire un tetto ai corrispettivi. Il giro di vite riguarderà anche i dipendenti in trattamento di quiescenza. Per il futuro i collaudatori dovranno essere scelti in un albo tenuto dal Mit «sulla base di procedure concorsuali».

Concessioni

La delega prevede in più punti misure di rafforzamento delle forme di partenariato pubblico privato. Un capitolo ad hoc è poi dedicato a precisare che il nuovo codice dovrà prevedere comunque una riscrittura organica «della materia delle concessioni, mediante l'armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti, nonché la previsione di criteri direttivi per le concessioni indicate nella Sezione II della direttiva 2014/23/UE». Vedi anche le voci «Autostrade in gara» e «Partenariato pubblico privato».

Concorsi di progettazione

Diventano uno degli strumenti principali per rimettere al centro il progetto e per assicurare la qualità architettonica in Italia. Uno dei nuovi criteri del testo prevede che questi obiettivi siano raggiunti, oltre che con la limitazione all'appalto integrato, anche «attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione».

Contratti secretati

Più controlli sui contratti secretati. La delega prevede che debbano essere sottoposti al controllo della Corte dei conti, con la previsione dell'affidamento del controllo preventivo ad un ufficio della Corte organizzato in modo da assicurare la tutela delle esigenze di riservatezza. I giudici dovranno pronunciarsi «sulla legittimità e sulla regolarità dei medesimi, nonché sulla regolarità, sulla correttezza e sull'efficacia della gestione, individuando le circostanze che ne giustificano il ricorso e, ove possibile, le modalità realizzative». Andrà anche garantita «la partecipazione di un numero minimo di operatori economici, nonché l'adeguata motivazione nel caso in cui non sia possibile esperire la procedura con un numero minimo di partecipanti ovvero i casi in cui la negoziazione con più di un operatore economico sia incompatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza».

Conti dedicati

La delega introduce l'obbligo del ricorso a conti dedicati per la gestione dell'appalto da parte del titolare del contratto. Attraverso questi conti andranno regolati «tutti i flussi finanziari dei pagamenti verso tutti i prestatori d'opera e di lavoro e verso tutte le imprese che entrano a vario titolo in rapporto con l'impresa aggiudicataria».

Corruzione

Secondo una stima attribuita alla Corte dei Conti, ma sconfessata dal Raffaele Squitieri, il costo della corruzione ammonterebbe a circa 60 miliardi. Il dato forse non vale nulla. Ma il fenomeno è riesplso in tutta la sua gravità proprio nell'ultimo anno, contribuendo a focalizzare l'attenzione sulla riforma degli appalti.

Criteri reputazionali

Altra novità di cui si discute da anni sono i criteri reputazionali. Serviranno a rendere i meccanismi di qualificazione delle imprese meno orientati a criteri formali e più attenti alla sostanza. Oltre al fatturato e ai lavori eseguiti negli ultimi anni, così, sarà possibile guardare anche altri elementi, collegati alla storia dell'impresa, come il numero di appalti portati a termine nei tempi o le varianti richieste. Vedi anche la voce «rating di legalità».

Débat public

Il dibattito pubblico alla francese è una procedura che prevede il coinvolgimento delle comunità locali già in fase di programmazione e progettazione delle grandi infrastrutture strategiche. L'idea è quella di concertare le opere quando vengono concepite, per evitare problemi nelle fasi successive. La commissione Ambiente della Camera ha riformulato la lettera relativa all'introduzione del débat public. Adesso vengono previste forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, la città o sull'assetto del territorio. Viene anche prevista la pubblicazione on line dei progetti e degli esiti della consultazione

pubblica. Le osservazioni elaborate in sede di consultazione pubblica entrano nella valutazione in sede di predisposizione del progetto definitivo.

Decreti correttivi

La delega contiene anche una "clausola di salvaguardia" che permetterà di correggere in corsa eventuali distorsioni o difficoltà applicative conseguenti all'entrata in vigore del nuovo codice. Il governo avrà un anno di tempo per monitorare gli effetti della riforma e proporre decreti correttivi al decreto delegato. Rispettando però le stesse procedure di approvazione e i criteri di delega stabiliti dal Parlamento.

Deroghe

La questione delle deroghe alle procedure ordinarie, più volte evocata sia del nuovo ministro delle Infrastrutture Graziano Delrio che dal presidente Anac Raffaele Cantone, entra nella riforma appalti. La lettera d) contempla «l'espresso divieto» di affidamenti in deroga rispetto alle procedure ordinarie. Alla Camera però cambia la formula. Mentre prima le "scorciatoie" erano ammesse solo per appalti legati a calamità naturali, ora si chiede di disegnare uno standard specifico per gli appalti di protezione civile, garantendo meccanismi di controllo e pubblicità. Le deroghe poi restano ammesse per «situazioni emergenziali».

Direttive

Dopo due anni di trattativa sul testo proposto dalla Commissione, Parlamento e Consiglio Ue hanno dato l'ok alla nuova disciplina dei contratti pubblici approvando in via definitiva tre nuove direttive europee su appalti pubblici (direttiva 2014/24/Ue), concessioni (direttiva 2024/23/Ue) e settori esclusi (direttiva 2014/25/Ue). I testi sono stati pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale europea del 28 marzo 2014. Sono entrati in vigore 20 giorni dopo, dando due anni di tempo per il recepimento agli stati membri dell'Unione.

Direzione lavori

Finisce l'epoca del controllore dipendente dal controllato nel settore delle grandi opere. La delega vieta espressamente e da subito che tra i compiti del general contractor possa essere annoverato ancora lo svolgimento della direzione lavori, che spetta alla stazione appaltante. Un'anomalia "tollerata" per anni, ora spazzata via dalle inchieste della procura di Firenze sul "sistema Incalza".

Disabili

Nei criteri di aggiudicazione dell'appalto, nelle condizioni di esecuzione dello stesso e nella scelta delle tecnologie da usare per l'informazione e la comunicazione deve essere assicurata l'accessibilità a persone disabili, in conformità con gli standard europei.

Divieto di gold plating

È la locuzione con la quale si sintetizza un concetto presente nella delega sin dalla prima ora: le nuove regole non potranno essere più pesanti dei livelli minimi di regolazione richiesti dall'Unione europea. In altre parole, bisogna adottare un Codice leggero, senza appesantimenti non richiesti.

Documento di gara unico europeo

Oltre alla semplificazione del quadro normativo, la delega contiene numerose indicazioni volte ad alleggerire il carico burocratico a carico delle imprese. Tra queste la previsione di partecipare alle gare con il Documento di gara unico europeo. La delega parla inoltre chiaramente di «riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti».

Esecuzione

Il Ddl delega accende una lente sulla fase di esecuzione delle opere. I nuovi poteri di vigilanza e controllo in materia di appalti pubblici dovranno colpire non soltanto la fase di preparazione

della gara e quella di scelta dei contraenti, ma anche la fase di esecuzione della prestazione, dalla quale dipendono molti dei problemi evidenziati nelle ultime settimane dai fatti di cronaca.

Finanza di progetto

Saltata l'Agenda per il partenariato pubblico privato, che era stata ipotizzata dagli emendamenti dei relatori in fase di discussione del Ddl, ma che avrebbe comportato un appesantimento dei bilanci pubblici. Sempre sul fronte del project financing viene invece previsto l'obiettivo di rafforzare gli studi di fattibilità delle opere con piani «che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità dell'opera». Ma la novità più forte riguarda le autorizzazioni legate all'opera. Per evitare i classici stop & go, quando l'intervento coinvolge i privati bisognerà garantire «altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione».

General contractor

Con il nuovo testo viene vietata dal momento dell'entrata in vigore della legge «negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l'attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori allo stesso contraente generale». La norma fa il paio con la previsione più generale di superare la legge obiettivo.

Incentivo 2%

Il bonus riconosciuto ai tecnici della Pa cambia pelle. Non sarà più possibile assegnarlo per le attività di progettazione svolte dai tecnici interni alle amministrazioni. L'incentivo però resterà premiato le attività svolte nel campo della programmazione e del controllo. Da leggere insieme l'altra novità relativa alle stazioni appaltanti dove si prevede la riorganizzazione delle amministrazioni «da indirizzare sulle funzioni di programmazione e controllo».

In house

Le concessionarie (tutte, ma la norma è particolarmente sensibile in ambito autostradale) potranno affidare senza gara a società partecipate solo il 20% degli appalti sopra i 150mila euro, dunque l'80% dovrà andare in gara (anche con procedure semplificate). La formula in vigore oggi è 60% in gara, 40% in house. Ma il testo uscito dal Senato prevedeva una soluzione più radicale: tutto in gara. Altra aggiunta della Camera è che a verificare il rispetto delle soglie di affidamento (con gara e in house) dovrà essere l'Anac. Andranno previste clausole sociali per salvaguardare il personale impiegato nelle società in house. Maggiori paletti invece per gli affidamenti in house tra società pubbliche con l'obbligo di pubblicare tutti gli atti «connessi all'affidamento» e di valutare la congruità dell'offerta anche in caso di aggiudicazione diretta. Spetterà all'Anac il compito di stilare un elenco delle società abilitate ad assegnare questo tipo di affidamenti, sulla base di una domanda e della verifica dei requisiti necessari.

Inchieste

I fari accesi dalla Procura di Firenze sugli incarichi per le grandi opere che hanno portato alle dimissioni del ministro Maurizio Lupi e prima ancora le inchieste sugli appalti dell'Expo e del Mose hanno avuto un ruolo non secondario nell'accelerazione della riforma appalti. Rendendo plasticamente evidente quanto un sistema farraginoso di regole (più di 600 articoli per qualche migliaio di commi) contribuisca a favorire il malaffare e rendere più complicati i controlli. Per questo, almeno nelle intenzioni, uno dei punti centrali della riforma dovrebbe essere il disboscamento della giungla normativa.

Iter

Procedura particolarmente complessa per l'approvazione che, con il passaggio alla Camera, si è allungata in maniera consistente. Prima del nuovo Codice, entro il 18 aprile del 2016, ci sarà un decreto di recepimento delle direttive. A questo, entro il 31 luglio del 2016, seguirà il Codice vero e proprio. All'ultimo minuto, però, è stata inserita la possibilità di adottare entro aprile prossimo

un unico Dlgs. Nell'esercizio delle deleghe, Palazzo Chigi dovrà concertare le misure con il ministero delle Infrastrutture e sentire l'Anac. Ma non solo: andranno svolte anche consultazioni con le principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della normativa. I decreti saranno adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con lo Sviluppo economico, sentiti i Ministri degli affari esteri e della cooperazione internazionale, della giustizia, dell'economia, della difesa e delle finanze. Prima della pubblicazione in Gazzetta ufficiale, bisognerà ottenere il parere del Consiglio di Stato, della Conferenza unificata e delle commissioni parlamentari competenti. A tutti questi soggetti saranno concessi 20 giorni di tempo per esprimersi. A valle del Codice il ministero delle Infrastrutture su proposta dell'Anac adotterà con proprio decreto delle linee guida, di carattere generale, che sostituiranno il regolamento. Anche in questo caso sono previsti pareri delle commissioni parlamentari, stavolta non vincolanti.

Legge obiettivo

Arriva anche il passaggio dedicato alla cancellazione della legge obiettivo. Qui si prevede che all'entrata in vigore del nuovo codice (dunque nella seconda fase di attuazione) la legge 443/2001 venga superata, attraverso l'aggiornamento del piano generale dei trasporti approvato all'epoca e la riprogrammazione delle risorse. Le grandi opere dovranno essere sempre sottoposte a Via e Vas. Nel Def andrà inserito un quadro dettagliato sullo stato di avanzamento delle opere programmate.

Lobby

La regolamentazione delle lobby farà parte del nuovo Codice. Il Ddl delega prevede la trasparenza «nella eventuale partecipazione dei portatori qualificati di interessi nell'ambito dei processi decisionali finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni».

Manodopera locale

Nel nuovo Codice bisognerà prevedere forme premiali per le imprese che «in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l'esecuzione dell'appalto, a utilizzare anche in parte manodopera o personale a livello locale, ovvero in via prioritaria gli addetti già impiegati nel medesimo appalto», promuovendo così la continuità dei livelli occupazionali. Con questa seconda clausola si cerca di salvaguardare la continuità occupazionale.

Massimo ribasso

La delega impone una drastica frenata alla possibilità di aggiudicare le gare al massimo ribasso. Meglio: alla possibilità che lo sconto sul prezzo previsto dalle amministrazioni costituisca l'unico parametro di valutazione delle offerte avanzate dalle imprese. Il criterio di aggiudicazione dovrà sempre essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa («misurata sul miglior rapporto qualità/prezzo»). Andranno, invece, regolati espressamente i casi («criteri e caratteristiche tecniche e prestazionali») e le soglie di importo nei quali è consentito il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta.

Numero di articoli

Il nuovo Codice dovrà essere leggero, per avvicinare il modello italiano alle best practice europee. L'idea è di non superare i 250 articoli contro i 600 del sistema attuale, in ottica di semplificazione.

Occupazione

Il testo presentato prevede una «clausola sociale» mirata a garantire «la stabilità occupazionale del personale impiegato» nell'appalto. Nei casi in cui il costo della manodopera sia pari ad almeno il 50% del contratto, bisognerà garantire la stabilità occupazionale e prendere «a riferimento per ciascun comparto merceologico o di attività, il contratto collettivo nazionale di

lavoro che presenta le migliori condizioni per i lavoratori ed escludendo espressamente il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta».

Offerta economicamente più vantaggiosa

L'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'aggiudicazione di appalti pubblici, diventa il criterio ordinario per l'aggiudicazione delle gare. Dovrà essere misurata tenendo conto del miglior rapporto qualità/prezzo «seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita, e includendo il miglior rapporto qualità prezzo valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali connessi all'oggetto dell'appalto pubblico o del contratto di concessione». Il nuovo Codice appalti, dovrà regolare espressamente i casi nei quali è consentito il ricorso «al solo criterio del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta». Quindi, la regola generale sarà l'offerta economicamente più vantaggiosa e le eccezioni, regolate espressamente, andranno al massimo ribasso. Andranno anche indicate le modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala.

Pagamenti diretti

Il problema riguarda i subappaltatori che, in una situazione di crisi di liquidità, hanno problemi a incassare i pagamenti dalle imprese affidatarie. Così, la riforma stabilisce l'obbligo per le stazioni appaltanti di pagare direttamente i subappaltatori nel caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o semplicemente su richiesta del subappaltatore. Ove il subappaltatore sia una microimpresa o una piccola impresa, potranno essere espressamente individuate le situazioni nelle quali la stazione appaltante procede al pagamento diretto, fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e le province autonome di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori.

Partenariato pubblico privato

Una delle novità della delega riguarda le autorizzazioni legate ai progetti da realizzare in project financing. Qui l'obiettivo è evitare le false partenze dei progetti, con assegnazioni dei contratti poi congelati dalla necessità di acquisire i pareri previsti per legge. Per superare il problema la delega chiede al governo di anticipare questa fase, garantendo «l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione». Inserito anche un riferimento esplicito al trasferimento del rischio operativo ai privati come previsto dalla direttiva Ue 23/2014 sulle concessioni.

Performance bond

Il riferimento per la cancellazione delle norme sulla garanzia globale di esecuzione sarà il varo del decreto di riordino, il secondo. Dalla data di entrata in vigore della delega, comunque, la garanzia globale sarà sospesa. Agli affidamenti ai quali sarebbero state applicabili le regole del performance bond non sarà applicato lo svincolo progressivo della garanzia. Il performance bond è un istituto di matrice anglosassone usato molto negli Stati Uniti. Prevede che, in caso di fallimento o inadempimento del titolare dell'appalto ci siano almeno due sostituti in possesso dei requisiti previsti dal bando, pronti a scendere in campo e terminare i lavori. Dal primo luglio 2014, al termine di una lunga sequela di rinvii, la garanzia è obbligatoria per gli appalti integrati oltre i 75 milioni e per le opere (ormai una rarità) affidate a general contractor. Mentre è facoltativa per i lavori di sola esecuzione oltre 100 milioni. Lo scopo è chiaro: garantire la stazione appaltante che l'opera arriverà al traguardo qualunque cosa accada in cantiere, fallimento dell'impresa appaltatrice incluso.

Pmi

Un'attenzione particolare viene dedicata alla tutela delle Pmi. A favore di queste viene previsto il divieto di «aggregazione artificiosa degli appalti» e «l'obbligo di motivazione della mancata

suddivisione in lotti». Si punta così a creare appalti di dimensione minore che possano coinvolgere più imprese sul mercato, aumentando la concorrenza. Previsto anche che i requisiti richiesti per l'accesso alle gare siano proporzionati all'appalto, favorendo l'accesso alle piccole imprese. Va detto che a un primo sguardo si tratta di norme-manifesto. Alcune, come quella dell'obbligo di motivare la mancata suddivisione in lotti, peraltro già presenti nel codice in vigore.

Progetto

Con l'obiettivo di ridurre extracosti e varianti in cantiere la delega ridà un ruolo forte al progetto, riducendo le possibilità di ricorso all'appalto integrato e stabilendo che di norma bisogna andare in gara con un progetto esecutivo. Dunque dettagliato e stabile. In questo senso, viene addirittura vietato l'appalto integrato complesso, fatto sul preliminare. Andrà ribadita (vedremo poi in che forme) anche l'importanza della qualità architettonica con il rilancio dei concorsi di progettazione.

Pubblicità

Anche la revisione della disciplina della pubblicità di avvisi e bandi di gara entra nella delega. Bisognerà fare ricorso a strumenti di pubblicità di tipo informatico, cancellando le modalità classiche. Sarà il ministero delle Infrastrutture, di intesa con l'Anac, a definire indirizzi generali per garantire la trasparenza: al centro del sistema ci sarà una piattaforma digitale presso l'Anticorruzione per tutti i bandi.

Il vecchio testo prevedeva «in ogni caso la pubblicazione degli stessi avvisi e bandi in almeno due quotidiani nazionali e in almeno due quotidiani locali, con spese a carico del vincitore della gara». Adesso, invece, viene cancellato l'obbligo di pubblicità di bandi e avvisi di gara sui giornali. La novità, che non incide sulle casse dello Stato, entrerà in vigore dal primo gennaio del 2016. Anche senza la modifica introdotta dalla delega, in realtà, in base alle regole attuali, l'obbligo di pubblicazione dei bandi sui quotidiani sarebbe caduto.

Qualificazione delle imprese

Le società di attestazione non saranno cancellate. E questa è già un'acquisizione molto importante, dopo le polemiche e gli scandali che le hanno travolte nei mesi scorsi. Sul punto, la stessa Anac di Raffaele Cantone ha mutato il suo orientamento. Le Soa, però, subiranno certamente una riforma. Nel nuovo Codice saranno inseriti dei criteri che cercheranno di rendere il sistema di qualificazione delle società più improntato a criteri oggettivi, legate alle competenze tecniche, alle risorse umane, alle attività eseguite. In particolare, saranno introdotti i cosiddetti «criteri reputazionali», che guardano alla storia dell'impresa, e il rating di legalità. Inoltre, sarà disciplinato un procedimento per la decadenza e la sospensione delle attestazioni, attribuendo la competenza all'Anac. Quando l'impresa fallita è in possesso delle attestazioni ed è stato autorizzato l'esercizio provvisorio, potrà partecipare alle gare e ottenere subappalti. Anche il curatore fallimentare potrà eseguire contratti già stipulati. Discorso simile per l'impresa ammessa al concordato: potrà partecipare alle gare, senza necessità di avvalersi dei requisiti di altri soggetti.

Qualificazione delle stazioni appaltanti

Il Ddl apre la strada all'introduzione «di un apposito sistema, gestito dall'Anac, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnico-organizzativa sulla base di parametri obiettivi».

Rating di legalità

Il rating di legalità tenuto dall'Antitrust entra nella riforma appalti. Oggi le imprese interessate a comparire nell'albo tenuto dal Garante possono presentare domanda dichiarando il possesso di alcuni requisiti minimi, come l'assenza di sentenze di condanna su particolari reati (dall'usura, al riciclaggio al terrorismo) o l'assenza di provvedimenti sanzionatori da parte dell'Autorità,

oltre a sanzioni per illeciti fiscali, per il mancato rispetto delle previsioni di legge sulla sicurezza oltre al rispetto delle norme sulla tracciabilità dei pagamenti. In cambio ricevono un punteggio. Questo sistema entrerà nel pacchetto di criteri di valutazione dell'impresa, come accadrà per i criteri reputazionali.

Reazioni

Il testo ha ricevuto, in generale, risposte molto positive. Le imprese e i progettisti hanno apprezzato i nuovi poteri dell'Anac e la generale introduzione di strumenti votati alla trasparenza e all'apertura del mercato. Ha incassato, invece, qualche critica il nuovo sistema di attuazione in due tempi, varato dalla Camera, che il Governo però per bocca del ministro Delrio ha deciso di bypassare, provando ad approvare subito e in un colpo solo tanto le norme con il recepimento delle direttive che il nuovo testo destinato ad abrogare il codice del 2006 e il suo regolamento attuativo .

Regime transitorio

Nel caso di attuazione in due fasi, comunque, un'attenzione particolare verrebbe dedicata al regime transitorio. Sarebbero i due decreti a dover indicare «opportune disposizioni di coordinamento, transitorie e finali». In questo modo si cerca di assicurare imprese e stazioni appaltanti che temono il periodo di interregno tra il vecchio e il nuovo Codice.

Regolamento

Il regolamento previsto dal Ddl è una novità assoluta. Il vecchio Dpr viene sostituito da linee guida proposte dall'Anac e licenziate dal ministero delle Infrastrutture con proprio regolamento. Si tratta di una soluzione di compromesso, rispetto alle ipotesi avanzata in una certa fase: sarebbe stata l'Anac da sola a regolare il mercato, utilizzando la sua soft law. Queste linee guida saranno sottoposto a pareri parlamentari non vincolanti.

Ricorsi

Un tentativo di ridurre l'esplosivo fenomeno dei ricorsi e del contenzioso negli appalti è visibile anche nel passaggio della delega che impone la «razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto». Già in fase cautelare, in questo senso, il giudice dovrà tenere conto delle possibili cause di inefficacia del contratto, come la mancata pubblicazione del bando. Andrà, poi, disciplinato il ricorso agli arbitrati, in modo da escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantendo la terzietà degli arbitri.

Risorse finanziarie

La delega dovrà essere esercitata a costo zero per le casse pubbliche.

Rito speciale

Arriva un rito abbreviato in camera di consiglio che consentirà l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione. In questo modo si punta a ridurre il contenzioso su uno dei punti più delicati nella gestione degli appalti. Andrà prevista la preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione o ammissione alla gara, in fase di svolgimento della procedura di gara stessa e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione.

Servizi

Altra novità è l'attenzione dedicata a questa tipologia di contratti. In un passaggio il Ddl delega specifica la necessità di distinguere le peculiarità dei diversi settori merceologici. E sottolinea che per i bandi di servizi ad alta intensità di manodopera saranno usate regole speciali.

Soa

Resta un punto da chiarire. È certo che, rispetto all'assetto attuale, le società di attestazione non

saranno cancellate. Dopo i molti problemi degli ultimi anni, però, il sistema sarà certamente riformato, facendo attenzione a pratiche scorrette, come la cessione del ramo d'azienda.

Soft law

Altro punto caratterizzante del nuovo Codice. Viene rafforzato il soft law, la regolazione amministrativa che punta a ridurre i fenomeni corruttivi sul nascere. Strumenti come linee guida e bandi tipo dell'Anac diventeranno un elemento centrale per prevenire i fenomeni corruttivi negli appalti pubblici. Anche se il regolamento di attuazione del Codice sarà attuato con linee guida emanate dall'Anac di concerto con il ministero delle Infrastrutture.

Sorteggio

Va dato atto all'Ance di aver chiesto per prima l'istituzione di un albo nazionale dei commissari di gara qualificati e scelti con questo sistema per evitare conflitti di interesse. La formula sposata anche da Cantone è stata estesa anche per scegliere i soggetti responsabili di svolgere direzione lavori e collaudi nelle grandi opere.

Sotto soglia

La delega chiede al governo di varare una disciplina organica e specifica per gli appalti sottosoglia improntata alla massima semplificazione, salvaguardano la trasparenza. Cambia però la formula scelta per l'affidamento degli appalti sottosoglia europea con procedure semplificate. Nel testo del Senato si prevedeva la necessità di garantire la presenza di almeno cinque offerte. Ora si scende a cinque inviti, se ci sono abbastanza imprese. Una soluzione che sembra meno rigorosa di quella addirittura in vigore oggi. Visto che nelle procedure negoziate fino a 500mila euro vige l'obbligo di invitare almeno cinque imprese. Mentre tra 500mila e un milione di euro, l'obbligo è di invitare almeno 10 operatori.

Specifiche tecniche

Prevedere specifiche tecniche che garantiscano, nelle gare per l'acquisto di beni, in particolare informatici e tecnologici, parità di accesso agli operatori e non costituiscano ostacolo alla piena attuazione del principio di concorrenza.

Stazioni appaltanti

Dovranno essere qualificate dall'Anac, ma vedono accrescere il loro ruolo e i loro compiti. Si tratta di un generale rafforzamento delle funzioni di controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, «con particolare riferimento ai poteri di verifica e intervento del responsabile del procedimento». Inoltre la delega prevede anche la riorganizzazione delle funzioni «da indirizzare sulle fasi di programmazione e controllo».

Subappalti

Il nuovo codice dovrà indicare espressamente i casi in cui diventa obbligatorio indicare tre subappaltatori per ogni categoria di lavori da subaffidare. Il titolare dell'appalto si dovrà impegnare a garantire l'assenza di cause di esclusione e a sostituire le imprese prive dei requisiti di qualificazione. Altra novità riguarda i pagamenti diretti da parte della stazione appaltante. Diventano obbligatori in caso di inadempimento del titolare del contratto «o anche su richiesta del subappaltatore se la natura del contratto lo consente». Per le micro e piccole imprese potranno essere individuati casi ad hoc di pagamento obbligatorio.

Trasparenza

Viene declinata in diversi modi ma, soprattutto, in relazione alla questione dei flussi finanziari. Con il nuovo Codice, allora, saranno potenziati ulteriormente i sistemi di tracciabilità dei pagamenti.

Varianti

Bisogna continuare a percorrere la strada già battuta dall'Anac con il monitoraggio delle variazioni in corso d'opera. Il testo, allora, chiede l'introduzione «di misure volte a contenere il

ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera». Vengono anche introdotte sanzioni per le Pa che non effettuano le comunicazioni all'Anac nei tempi di legge.

Variazioni sostanziali e non sostanziali

La limitazione delle varianti andrà attuata «prevedendo una dettagliata disciplina delle varianti sostanziali e non sostanziali nell'esecuzione delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, degli insediamenti produttivi strategici e delle infrastrutture strategiche di tipo privato di preminente interesse nazionale». In altre parole, bisogna considerare con attenzione i casi nei quali le variazioni in corso d'opera possono comportare che le infrastrutture vengano rimesse in discussione, ad esempio sotto il profilo sismico. Viene anche prevista la possibilità, per l'amministrazione committente, di procedere alla rescissione del contratto quando le variazioni superino determinate soglie.

Vigilanza

La riforma, letta nel suo insieme, punta a un cambio di filosofia rispetto a quanto è stato fatto finora. La vigilanza non dovrà riguardare più essere concentrata sulla fase di aggiudicazione e di esecuzione del contratto. L'obiettivo, in linea con le indicazioni dell'Anac, è spostare l'asticella a monte, facendo verifiche di dettaglio già in fase di preparazione delle gare.



15 Gen 2016

Entro aprile il decreto unico, dalla commissione Manzione 120 articoli per riscrivere il codice

Giuseppe Latour

Chiudere la partita entro il 18 aprile. Con la legge delega ormai pronta per andare in Gazzetta ufficiale, entra nel vivo il capitolo conclusivo della storia infinita della riforma appalti: la preparazione del nuovo Codice dei contratti pubblici che, dopo quasi due anni, chiuderà il percorso di recepimento delle direttive europee. La commissione di Palazzo Chigi sta lavorando da mesi sul testo e ha già pronte le prime bozze. Come ha confermato anche il ministro delle Infrastrutture Graziano Delrio, l'ipotesi di procedere con due provvedimenti distinti è stata accantonata, perché avrebbe portato più problemi che vantaggi: il Dlgs sarà unico e arriverà entro il termine di aprile, riorganizzando completamente la materia. Sarà un testo leggero, con poco più di un centinaio di articoli. Anche se resta aperta la strada di un correttivo, da emanare entro un anno. Senza contare il regolamento di attuazione Mit-Anac.

La legge spiega che il Governo è delegato ad adottare, entro il prossimo 18 aprile, un decreto legislativo per l'attuazione delle tre direttive europee e, in aggiunta, entro il 31 luglio 2016 un secondo decreto per il riordino complessivo della materia. Oppure, in alternativa, potrà chiudere la partita con un solo provvedimento, il prossimo 18 aprile, senza far ricorso al doppio binario. In ogni caso, a valle di ciascuno dei decreti in questione, entro un anno sarà possibile emanare un decreto integrativo e correttivo, per mettere a posto eventuali imprecisioni. In sostanza, l'esecutivo ha mano libera in fase di attuazione: potrà limitarsi a un solo provvedimento oppure, sfruttando al massimo le prerogative della legge delega, potrà arrivare fino a quattro testi.

Queste solo le opzioni formalmente a disposizione, ma la sostanza è ben diversa, come ha confermato anche il ministro delle Infrastrutture, Graziano Delrio: il recepimento sarà affidato a un solo decreto, per evitare problemi di sovrapposizioni e difficoltà di scrittura. Il recepimento in due fasi, in sostanza, avrebbe provocato solo incertezze per il settore e problemi in fase di lavorazione del testo. Resta, invece, aperta l'opzione del decreto correttivo che, se i tempi saranno rispettati, potrebbe arrivare entro aprile del 2017.

Questo il calendario. I tempi, insomma, sono strettissimi. Così, mentre era ancora in corso la scrittura della delega, è già iniziato da tempo il lavoro sul recepimento. Del provvedimento si sta occupando una commissione di 19 esperti, insediata presso Palazzo Chigi e guidata dal capo dell'ufficio legislativo della presidenza del Consiglio, Antonella Manzione. Ci sono dentro esperti del Mit, di Palazzo Chigi, dell'Anac, del ministero dell'Economia, dei Beni culturali, dello Sviluppo economico e dell'Ambiente. Il gruppo si è formalmente insediato a settembre e, da allora, ha già messo insieme una prima bozza. In attesa che il testo si assesti, per adesso risulta evidente soprattutto un elemento: la volontà di licenziare un provvedimento leggero. Palazzo Chigi si sta orientando per un Codice lungo poco più di cento articoli.

15 Gen 2016

Qualificazione, con il rating di reputazione arrivano i premi per le aziende puntuali e poco «litigiose»

Roberto Mangani

Alla lettera tt) la legge delega contiene un criterio volto a individuare i parametri per effettuare la revisione del sistema di qualificazione. Anche se non è esplicitamente precisato, il riferimento a un vero e proprio sistema di qualificazione, unitamente a quello relativo alla «decadenza delle attestazioni» contenuto nella successiva lettera tt-bis), fa ritenere che le previsioni riguardino il sistema fondato sulle attestazioni Soa, relativo quindi al solo settore dei lavori.

I criteri indicati per effettuare la revisione contengono in primo luogo un riferimento alla necessità di rispettare i principi di omogeneità e trasparenza, nonché di verificare le capacità realizzative e le competenze tecniche e professionali dell'impresa e le attività effettivamente eseguite. Sotto questo profilo non si rilevano elementi di particolare novità, trattandosi degli ordinari criteri di carattere generale che governano ogni sistema di qualificazione e che come tali sono presenti anche nell'attuale regime.

La novità sostanziale è data invece dalla previsione delle così dette misure di premialità. Queste dovrebbero 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.

Le concrete modalità di applicazione delle misure di premialità sono affidate alle direttive dell'Anac. A quest'ultima 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.

Fermo restando che occorrerà attendere le indicazioni dell'Anac per verificare in concreto con quali modalità il meccanismo sarà destinato ad operare, resta il dato rilevante dell'introduzione di 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.

Fallimento e concordato preventivo

La lettera tt - bis) si occupa della decadenza e della sospensione delle attestazioni Soa con particolare riferimento a quelle situazioni di crisi aziendale che comportano la sottoposizione delle imprese qualificate alle procedure di fallimento e di concordato preventivo.

Infatti, dopo aver ribadito in termini generali che la competenza in materia di decadenza e sospensione delle attestazioni spetta all'Anac – in linea peraltro con le attuali disposizioni – vengono dettate una serie di previsioni molto dettagliate per le due ipotesi sopra ricordate.

Esse si riferiscono peraltro non solo ai profili della decadenza e sospensione delle attestazioni,

ma al tema più generale della partecipazione alle gare e dell'esecuzione dei contratti delle imprese che si trovino in stato di fallimento o di concordato preventivo.

Si tratta di previsioni il cui grado di dettaglio sembra andare al di là della fissazione di principi e criteri direttivi.

In relazione al fallimento, l'indicazione è che in caso di autorizzazione all'esercizio provvisorio l'impresa in possesso delle necessarie attestazioni Soa può, per il tramite del curatore, continuare a partecipare alle gare, stipulare i relativi contratti ed eseguire quelli già stipulati prima della inizio della procedura fallimentare, nonché assumere il ruolo di subappaltatore.

Relativamente al concordato preventivo le indicazioni sono ancora più articolate. In particolare, per il concordato con continuità aziendale, viene previsto – in analogia con quanto indicato in relazione al fallimento – che l'impresa che vi sia sottoposta può continuare a partecipare alle gare, stipulare i relativi contratti ed assumere il ruolo di subappaltatore. Viene anche precisato – modificando parzialmente quanto previsto dalle norme vigenti – che ciò può avvenire senza che l'impresa debba avvalersi dei requisiti o dell'attestazione Soa di altro soggetto.

Quanto invece alla possibilità di proseguire l'esecuzione dei contratti già stipulati, essa viene ammessa non solo con riferimento al concordato con continuità aziendale, ma anche nelle diverse ipotesi di concordato con cessione di beni e di mera presentazione della domanda di concordato, cui non ha ancora fatto seguito il relativo provvedimento di ammissione alla procedura.

Infine, viene previsto che sia demandato all'Anac, acquisito il parere del giudice delegato della procedura e del curatore o del commissario giudiziale, il potere di definire i casi in cui la partecipazione alle gare, la stipula dei relativi contratti e la prosecuzione dei contratti in corso sia subordinata alla condizione che l'impresa sottoposta alla procedura di fallimento o di concordato preventivo si avvalga di altra impresa in possesso dei necessari requisiti di qualificazione, la quale si impegni a mettere a disposizione le risorse necessarie e a subentrare nel contratto nel caso in cui la prima non sia in grado di darvi regolare esecuzione.

In questo modo viene circoscritto solo a determinate ipotesi l'obbligo di servirsi di un'impresa ausiliaria, che l'attuale disciplina del concordato preventivo prevede invece come modalità ordinaria.

15 Gen 2016

Commissari a sorteggio con albo Anac e stretta sul massimo ribasso: ecco come cambieranno le gare

Luca Leone e Paola Conio

Le nuove direttive europee indubbiamente incentivano gli Stati membri ad approcciare in modo diverso la valutazione delle offerte e l'individuazione della proposta meglio rispondente all'interesse delle stazioni appaltanti. Il solo prezzo, difatti, è un criterio di valutazione inadeguato, nella maggior parte dei casi, a cogliere l'effettivo valore dell'offerta formulata e non stimola le imprese al miglioramento qualitativo delle prestazioni, comprimendone anche la potenziale competitività. Inoltre, l'esperienza pratica ha dimostrato che l'aggiudicazione al prezzo più basso non risolve affatto il problema delle possibili patologie del sistema, quali la corruzione o l'infiltrazione criminale (anzi, la stessa Anac ha rilevato come l'utilizzo di questo criterio possa paradossalmente favorire quest'ultimo fenomeno). Infine, vi sono analisi e studi scientifici che dimostrano che la scelta di questo criterio non garantisce neppure un effettivo risparmio per la pubblica amministrazione, atteso che, da un lato, spesso i ribassi vengono "recuperati" in corso d'opera grazie a varianti o contestazioni e, dall'altro, la minore spesa - in particolare in ambiti sensibili come, ad esempio, la pulizia ospedaliera, la progettazione o l'edilizia scolastica - riverberandosi inevitabilmente sulla qualità delle prestazioni rese, comporta costi esterni assai maggiori del risparmio apparentemente conseguito.

La legge delega ha certamente il merito di aver colto l'indirizzo del legislatore europeo, cercando peraltro di coniugare la scelta decisa in favore del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa misurata attraverso un approccio costo-efficacia e l'inclusione del rapporto qualità/prezzo, con un maggior grado di obiettività e imparzialità delle commissioni giudicatrici, che possa arginare il rischio di utilizzi distorti dello strumento.

Come cambiano le commissioni giudicatrici

Nel nuovo contesto normativo, si amplieranno notevolmente i casi nei quali le offerte non dovranno (e non potranno) essere valutate esclusivamente sulla base dell'elemento economico rappresentato dal prezzo. Conseguentemente, le commissioni giudicatrici sono destinate ad acquisire un ruolo sempre più significativo nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Come si è detto, la legge delega ha cercato di controbilanciare il ricorso massivo all'aggiudicazione basata su un approccio costo-efficacia, inclusivo del rapporto qualità/prezzo, con una maggiore terzietà dei soggetti chiamati ad esprimere la propria valutazione. La lettera hh) difatti, prevede la creazione presso l'Anac di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici per l'affidamento dei contratti pubblici, che verrà formato tenuto anche conto delle precedenti attività professionali degli iscritti e dell'eventuale sussistenza di possibili conflitti di interesse, accertate sulla base di apposite verifiche.

La disciplina generale per la tenuta dell'Albo dei componenti delle commissioni aggiudicatrici e per il suo aggiornamento, sarà definita con determinazione dell'Anac. Dall'Albo verranno attinti

i nominativi, in numero almeno doppio rispetto a quello dei commissari da nominare, che saranno indicati alle stazioni appaltanti affinché, mediante pubblico sorteggio, formino la commissione giudicatrice di ciascuna gara. Dovrà comunque essere rispettato anche il principio di rotazione. Il decreto legislativo attuativo della delega - presumibilmente già quello di recepimento - dovrà, altresì, stabilire gli specifici requisiti, morali, di competenza e di professionalità, connessi con un settore specifico di contratti da affidare, che dovranno essere posseduti per poter essere iscritti. Saranno disciplinate anche le cause di incompatibilità e di cancellazione.

La novità non ha suscitato reazioni esclusivamente positive. In particolare le centrali di committenza non hanno nascosto la propria contrarietà alla scelta, sia perché percepita come una sottrazione di competenze interne significative costruite nel corso degli anni, sia perché presumibile fonte - benché ciò non sia previsto - di maggiori oneri, atteso che i commissari dovranno essere evidentemente remunerati per l'attività prestata.

Criteri di aggiudicazione (ciclo di vita e appalti green)

La legge delega, seguendo le indicazioni del legislatore europeo, promuove la valutazione delle offerte basata su un approccio «costo-efficacia» quale il costo del ciclo di vita, includendo il rapporto qualità prezzo, da valutarsi con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto del contratto da aggiudicare. Il concetto del «costo del ciclo di vita» è tra le maggiori innovazioni contenute nelle nuove direttive. Gli elementi economici potenzialmente oggetto di valutazione nella scelta delle offerte alternative, difatti, non sono più limitati al solo "prezzo", ma evolvono verso la considerazione del costo complessivo non solo per l'amministrazione aggiudicatrice ma anche per altri utenti.

Secondo l'articolo 68 della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 83 della direttiva 2014/25/UE, i costi del ciclo di vita comprendono, in quanto pertinenti, in tutto o in parte, i seguenti costi legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro:

- a) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali: 1) costi relativi all'acquisizione; 2) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; 3) costi di manutenzione; 4) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio;
- b) costi imputati a effetti esterni sull'ambiente legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato (ad es. emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici).

È evidente, quindi, che il costo del ciclo di vita è fortemente incentrato sulla tutela dell'ambiente e delle risorse. Oltre al richiamo al costo del ciclo di vita operato dalla lettera ff) della legge delega - che indica in via generale il criterio preferenziale di aggiudicazione dei contratti pubblici (approccio costo efficacia + rapporto qualità prezzo) - il costo del ciclo di vita è menzionato anche dalla lettera p), che richiede ai decreti delegati la previsione di misure volte a garantire il rispetto della sostenibilità energetica e ambientale degli affidamenti anche mediante il ricorso al costo del ciclo di vita con massimizzazione dei punteggi attribuiti alle forniture, servizi e lavori che presentano un minore impatto ambientale.

La spinta verso la Green Economy si fa, quindi, sempre più tangibile, considerata anche l'imminente approvazione del cosiddetto «collegato ambientale» alla legge di stabilità, che già prevede l'introduzione di varie misure nel codice contratti vigente volte a favorire gli acquisti verdi e a determinare i requisiti ambientali minimi per i contratti della Pa.

Anche in questo caso non sono mancate le perplessità sollevate in ordine al rischio che i più stringenti requisiti ambientali richiesti dalla nuova normativa finiscano per rendere più difficoltoso proprio alle micro e piccole imprese (il cui coinvolgimento negli appalti pubblici è considerato una delle massime priorità) l'accesso al mercato.

La stretta sul massimo ribasso

Come già accennato, lo spazio per una valutazione delle offerte esclusivamente imperniata sull'elemento "prezzo" si è fortemente ridimensionato.

Il criterio in effetti, pur se molto amato dalle stazioni appaltanti per la semplicità di applicazione e la (apparente) capacità di garantire risparmi, ha dei limiti notevoli, oltre ad essere propriamente utilizzabile solo nel caso di affidamenti (come possono essere ad esempio le forniture standardizzate) nei quali ogni elemento è predeterminato senza alcuna possibilità.

La legge delega ha senza dubbio il merito di aver colto l'opportunità offerta dalle direttive europee di vietare l'utilizzo della valutazione basata unicamente sul prezzo nel caso di affidamenti che non si prestano ad essere apprezzati esclusivamente su questo aspetto, vuoi per le implicazioni sociali legate all'incidenza della manodopera, vuoi per l'impossibilità (e l'inopportunità) di predeterminare senza possibilità di miglioramenti in sede di gara tutti gli aspetti della prestazione.

La lettera gg) della legge delega vieta di applicare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta (terminologia invero non più utilizzata dalle nuove direttive) nel caso di aggiudicazione di contratti pubblici relativi a servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché quelli di servizi ad alta intensità di manodopera, definiti come quelli in cui il costo della manodopera è pari almeno al 50%. La lettera oo) esclude la possibilità di aggiudicare al massimo ribasso gli incarichi relativi a «servizi di ingegneria e architettura e di tutti i servizi di natura tecnica».

La lettera ff), invece, dopo aver espresso il favore verso l'aggiudicazione secondo un approccio costo-efficacia con considerazione anche del rapporto qualità/prezzo, demanda ai decreti delegati specificare i casi e le soglie di importo nei quali le stazioni appaltanti ricorrono al massimo ribasso o prezzo più basso.



15 Gen 2016

Progettazione, addio al massimo ribasso e paletti all'appalto integrato. Cambia pelle l'incentivo 2% per la Pa

Roberto Mangani

Definizione dei principi generali e dei conseguenti strumenti per valorizzare la fase progettuale; indicazioni specifiche per la validazione dei progetti; nuova destinazione degli incentivi previsti per gli uffici interni delle amministrazioni. Sono queste le direttrici fondamentali delle previsioni della legge delega in tema di progettazione, contenute alle lettere oo) e qq).

I principi generali

Alla lettera oo) si trova l'affermazione di principio secondo cui in sede di attuazione della legge delega dovrà essere assicurata la valorizzazione della fase progettuale sia negli appalti che nelle concessioni, promuovendo la qualità architettonica e tecnico funzionale dei progetti. Nel contempo vengono anche indicati le modalità e gli strumenti attraverso cui perseguire tale finalità.

In primo luogo, viene precisato – con un'indicazione che si deve ritenere di carattere generale, anche se inserita in un contesto che sembrerebbe riguardare l'appalto integrato (verdi più avanti) - che di norma deve essere messo in gara il progetto esecutivo e che comunque in nessun caso si può procedere sulla base del solo progetto preliminare. Quest'ultima indicazione dovrebbe quindi comportare la definitiva scomparsa dall'ordinamento dell'appalto integrato così detto "complesso" – oggi previsto dall'articolo 52, comma 2, lettera c) del D.lgs. 163 - in cui la gara si svolge sul progetto preliminare, i concorrenti presentano il progetto definitivo in sede di offerta e l'affidatario procede poi, in sede di esecuzione del contratto, alla redazione del progetto esecutivo.

La medesima indicazione sembra incidere sulle modalità di affidamento della concessione. Nella legislazione vigente, l'articolo 143 del D.lgs. 163 prevede, al comma 1, che la concessione abbia da oggetto, di regola, anche la progettazione definitiva e quella esecutiva dei lavori da realizzare. Questa impostazione, che implica quindi che a base di gara sia posto un progetto preliminare, non dovrebbe essere riproposta nella normativa di recepimento, essendo il principio sopra indicato valido anche per le concessioni. Va peraltro segnalato che, mentre per gli appalti le conseguenze di tale previsione appaiono limitate, essendo destinate a incidere solo sull'appalto integrato complesso, in materia di concessioni il divieto di porre a base di gara il progetto preliminare è destinato a produrre effetti più significativi, essendo ad oggi tale livello di progettazione ricompreso di norma nelle obbligazioni tipiche del concessionario.

La seconda modalità indicata alla lettera oo), che sembra destinata in particolare a promuovere la qualità architettonica e tecnico – funzionale dei progetti, riguarda l'utilizzo dei concorsi di progettazione. Si tratta tuttavia di un'indicazione ancora generica, che non contiene alcuna previsione cogente e, sotto questo profilo, non offre elementi di particolare novità rispetto alla normativa vigente, dove già i concorsi di progettazione sono previsti come una delle possibili

modalità di affidamento della progettazione.

Maggiore portata innovativa sembra invece avere la previsione che dovrebbe imporre l'utilizzo progressivo di strumenti elettronici specifici, quali quelli per la modellazione elettronica e informativa per l'edilizia e le infrastrutture. Fermo restando che occorrerà capire in che termini tale generica indicazione sarà recepita dal legislatore delegato, resta il dato di una esplicita volontà di introdurre in maniera ordinaria il ricorso a strumenti informatici nel materiale svolgimento dell'attività di progettazione.

Particolarmente critiche appaiono le previsioni in materia di appalto integrato. Emerge infatti in maniera evidente la volontà di limitare l'utilizzo di tale istituto, che viene circoscritto alle ipotesi in cui le opere da realizzare abbiano un particolare contenuto innovativo o tecnologico rispetto al valore complessivo dei lavori. La genericità di tale indicazione non offre tuttavia parametri definiti al legislatore delegato. Qualora quest'ultimo non riterrà di definire in maniera meno generica il carattere innovativo o tecnologico delle opere, la scelta di ricorrere all'appalto integrato sarà lasciata a valutazioni ampiamente discrezionali dell'ente appaltante, fondate evidentemente su ragioni di più varia natura (tecnica, organizzativa, funzionale, etc.) che andranno adeguatamente motivate.

Significative criticità emergono poi da altri due dati contenuti in questa previsione. In primo luogo si fa riferimento al contenuto innovativo o tecnologico delle opere oggetto non solo dell'appalto ma anche della concessione. Il richiamo alla concessione appare in verità errato, posto che l'appalto integrato è istituto del tutto distinto e non sovrapponibile alla concessione.

La seconda criticità è relativa alla specificazione secondo cui di norma occorre mettere in gara il progetto esecutivo. La collocazione di tale specifica indicazione sembrerebbe riferirla proprio all'ipotesi dell'appalto integrato, ma è evidente che intesa in questo modo la previsione porterebbe con sé una contraddizione insanabile. L'appalto integrato è infatti caratterizzato proprio dal fatto che all'appaltatore spetta anche la redazione del progetto esecutivo dell'opera, che quindi non può essere preventivamente messo a base di gara dall'ente appaltante. Ne consegue che il solo modo per dare un contenuto coerente a tale previsione è ritenere che essa esprima un principio di portata generale – come detto poco sopra - applicabile agli appalti in genere (oltre che alle concessioni) ma non certo all'appalto integrato.

Nell'ambito delle previsioni volte a valorizzare la progettazione e la sua qualità si colloca anche quella secondo cui per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria e più in generale di tutti i servizi di natura tecnica è escluso l'utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, con la naturale conseguenza che l'unico criterio cui si può fare ricorso resta quello fondato sul rapporto qualità prezzo.

Sempre tra le indicazioni di carattere generale, anche se collocata al di fuori della lettera o), va ricordata quella che, nell'ambito delle misure volte ad aumentare il grado di trasparenza delle procedure di gara, prevede che gli enti appaltanti debbano assicurare piena accessibilità, visibilità e trasparenza, anche in via telematica, agli atti progettuali, al fine di consentire un'adeguata ponderazione dell'offerta da parte dei concorrenti. Da ciò consegue che nella normativa che dovrà essere emanata dal legislatore delegato tutti indistintamente gli elaborati progettuali dovrebbero essere liberamente e agevolmente visionabili da parte dei concorrenti alle gare, risolvendo così alla radice una serie di questioni che attualmente si pongono in relazione all'effettiva accessibilità a tali elaborati.

La validazione dei progetti

Nell'ordinamento vigente le disposizioni fondamentali in tema di verifica e validazione dei progetti sono contenute all'articolo 112 del D.lgs. e trovano la propria regolamentazione attuativa negli articoli 44 -59 del DPR 207/2010. In estrema sintesi, per i lavori di importo pari o

superiore a 20 milioni di euro la verifica deve essere svolta da organismi di controllo accreditati ai sensi della normativa UE, mentre per i lavori di importo inferiore a tale soglia tale verifica può essere svolta dagli uffici tecnici interni dell'ente committente ovvero da soggetti terzi a tal fine incaricati.

Rispetto a queste previsioni il criterio di delega di cui alla lettera qq) da un lato richiama – con formula quasi stereotipata – l'esigenza di semplificazione della normativa vigente; dall'altro si limita a indicare che in sede di decreti delegati dovrà essere stabilita la soglia al di sotto della quale la validazione deve essere di competenza del responsabile unico del procedimento, nonché il divieto di contemporaneo svolgimento delle attività di progettazione e di validazione, al fine di evitare conflitti di interesse.

Quanto alla prima indicazione, non è chiaro in che termini essa vada intesa. In linea generale, si dovrebbe infatti ritenere che le risultanze ultime in merito alle verifiche effettuate debbano sempre essere fatte proprie dal responsabile del procedimento, che in questo senso dovrebbe avere una competenza generalizzata, che prescinde cioè dai limiti di valore dei lavori oggetto di validazione. In questa logica, resta da capire in che termini vada intesa l'individuazione di un soglia al di sotto della quale viene richiamata la competenza del responsabile del procedimento. In merito alla tematica del divieto di contemporaneo svolgimento delle attività di progettazione e di validazione, andrà precisato se tale divieto debba assumere un carattere generale, vietando cioè in termini assoluti che le due tipologie di attività facciano capo a un unico soggetto; ovvero se tale divieto possa essere inteso in termini relativi, e cioè impedendo che un medesimo soggetto, astrattamente idoneo a svolgere sia attività di progettazione che di validazione, nella pratica le espliciti contestualmente in relazione a un medesimo progetto.

Gli incentivi agli uffici interni dell'amministrazione

Cambio di direzione in merito agli incentivi destinati agli uffici tecnici interni all'ente appaltante. Tali incentivi sono stati tradizionalmente destinati a premiare i tecnici dell'amministrazione chiamati a redigere la progettazione, anche se la norma attualmente vigente prevede che siano coinvolti nella ripartizione degli stessi anche il responsabile del procedimento, i collaudatori e i direttori lavori.

Nel criterio di delega di cui alla lettera qq) è previsto il mantenimento degli incentivi agli uffici interni dell'ente appaltante nella misura del 2% dell'importo a base di gara del singolo lavoro oggetto di affidamento, ma esso viene destinato alle 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, mentre viene esplicitamente esclusa la possibilità di destinare le relative somme all'attività di progettazione.

Si tratta di un evidente mutamento di indirizzo, la cui ratio va presumibilmente 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, restando ferma la previsione degli incentivi per la direzione lavori e per i collaudi.

15 Gen 2016

Tutto da scrivere il capitolo con la stretta sulle varianti, ma arrivano le sanzioni di Cantone per le Pa

Roberto Mangani

La delega recentemente approvata dal Senato per il recepimento delle direttive comunitarie sugli appalti e la conseguente riscrittura del Codice dei contratti pubblici contiene, alla lettera ee), alcuni criteri in tema di varianti.

La logica che si coglie dalla lettura dei suddetti criteri si pone in sostanziale continuità con la disciplina vigente ed è finalizzata a delimitare la possibilità di ricorrere alle varianti in corso d'opera, secondo precise condizioni sostanziali e procedurali indicate dal legislatore.

L'articolo 132 del D.lgs. 163/2006

La disciplina attuale sulle varianti è contenuta all'articolo 132 del D.lgs. 163/2006, cui si aggiungono alcune previsioni di natura regolamentare di cui agli articoli 161 e seguenti del DPR 207/2010.

La logica di fondo della disciplina è quella di circoscrivere la possibilità di ricorso alle varianti ad ipotesi specificamente indicate dal legislatore ed elencate alle lettere da a) a e - bis) del comma 1 del richiamato articolo 132. Le ipotesi contemplate dalla norma sono, per la gran parte, riconducibili ad eventi sopravvenuti in corso d'opera e non prevedibili al momento della stipula del contratto e del conseguente avvio dei lavori.

Rientrano in questa casistica: le esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari (lettera a); le cause imprevedute e imprevedibili o la possibilità di utilizzare – senza aumento di costi - materiali, componenti e tecnologie migliorative, non esistenti al momento della progettazione (lettera b); gli eventi inerenti la natura e la specificità dei beni sui quali si interviene o i rinvenimenti non previsti o non prevedibili (lettera c); la così detta sorpresa geologica, di cui all'articolo 1664, comma 2 del codice civile (lettera d); la necessità di bonifica e/o messa in sicurezza dei siti contaminati (lettera e – bis).

A queste ipotesi si aggiunge quella, di natura diversa, relativa alla necessità di porre rimedio a errori o omissioni del progetto esecutivo, che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera (lettera e).

Va evidenziato che ognuna delle ipotesi elencate ha dato luogo a una serie di interventi, da parte della giurisprudenza e dell'Autorità di vigilanza, tendenzialmente indirizzati a evitare un'interpretazione eccessivamente ampia delle stesse e, conseguentemente, un utilizzo troppo "disinvolto" delle varianti in corso d'opera. Tuttavia, restano evidentemente aperti molti spazi interpretativi, legati indissolubilmente alla definizione necessariamente generica di alcune delle

ipotesi elencate all'articolo 132.

Nel caso di varianti dovute a errori o omissioni della progettazione, il comma 2 prevede la responsabilità del progettista per i danni subiti dalla stazione appaltante (che attengono non solo ai costi di riprogettazione, ma anche ai ritardi e ai maggiori costi conseguenti alla necessità di introdurre le varianti). In questa ipotesi, nel caso le varianti eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, indicando una nuova gara cui è invitato l'originario affidatario (comma 4). Quest'ultima previsione ha in realtà sempre suscitato più di una perplessità, non essendo facilmente identificabile la ratio secondo cui si deve procedere alla risoluzione del contratto – penalizzando quindi l'appaltatore – in relazione a un errore progettuale di cui quest'ultimo non ha la responsabilità.

La disciplina dell'articolo 132 si completa infine con le previsioni del comma 3, relative alle così dette «varianti non varianti». Si tratta di quelle ipotesi in cui l'ente appaltante è legittimato a introdurre modifiche in corso d'opera al di fuori dei vincoli sostanziali e procedurali indicati dalle precedenti disposizioni.

La prima ipotesi consiste nell'introduzione di quelle modifiche legate ad aspetti di dettaglio che possono essere disposte in via autonoma dal direttore lavori. La norma pone peraltro due limiti quantitativi all'esercizio di questa facoltà: il primo è che l'importo del contratto non deve aumentare; il secondo è che le modifiche devono essere contenute nei limiti di importo del 10% per i lavori di bonifica e messa in sicurezza e per quelli di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro, e nel più ridotto limite del 5% per tutte le altre categorie di lavorazioni dell'appalto.

La seconda ipotesi riguarda le variazioni che possono essere introdotte, nell'esclusivo interesse del committente, al fine del miglioramento dell'opera e della sua funzionalità. Questa possibilità è condizionata da tre limitazioni: le migliorie non devono comportare modifiche sostanziali dell'opera; devono essere motivate da oggettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto; non devono comportare incrementi dell'importo originario del contratto superiori al 5 %, che peraltro devono trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera, al netto del 50% dei ribassi conseguiti in sede di gara.

I criteri di delega

Riassunta nei termini esposti la disciplina vigente, vediamo cosa prevede il criterio di delega contenuto alla lettera ee) e in che misura esso è destinato a modificare la situazione esistente. In linea generale, la ratio di fondo che si ricava dal criterio di delega resta quella di limitare il ricorso alle varianti in corso d'opera, prevedendo una disciplina ispirata all'esigenza di contenere questa possibilità entro confini ben determinati e ancorandola a circostanze sopravvenute. Nel contempo sembra potersi cogliere, tra le righe, anche un'esigenza di semplificazione procedurale nel procedimento attuativo delle varianti.

In questo contesto, un punto nodale del criterio di delega è costituito dalla prospettata necessità di distinguere tra variazioni sostanziali e variazioni non sostanziali. La previsione non indica a che fine debba essere individuata tale distinzione e quali conseguenze debba avere sulla relativa disciplina. Sembra tuttavia ipotizzabile che tale distinzione possa richiamare le previsioni sulla "varianti non varianti" oggi contenute al comma 3 dell'articolo 132, aprendo quindi la strada al mantenimento anche nella nuova legge di recepimento di una disciplina semplificata per le varianti minori, distinta da quella valida in via ordinaria per le varianti in senso proprio.

Il criterio di delega prevede poi che tutte indistintamente le varianti – e quindi anche quelle non

sostanziali - abbiano come presupposto l'esistenza di condizioni impreviste e imprevedibili, che devono rappresentare la giustificazione ultima delle varianti e la cui sussistenza va dimostrata con congrua motivazione. Sotto questo profilo, questa specifica previsione si pone sostanzialmente in linea con la disciplina vigente, in cui le diverse ipotesi di legittimo ricorso alle varianti sono in gran parte riconducibili all'emergere in corso d'opera di circostanze impreviste o imprevedibili.

Uno degli aspetti da evidenziare riguarda il ruolo del responsabile del procedimento nell'iter autorizzativo delle varianti. Il criterio di delega prevede infatti che ogni variante debba essere autorizzata dal responsabile del procedimento, e ciò anche ai fini di assicurare che l'approvazione della variante abbia un effetto sostitutivo rispetto agli atti di autorizzazione e di assenso comunque denominati. Questa previsione pone due questioni. La prima riguarda il ruolo e i poteri del responsabile del procedimento. In base alla generica formulazione contenuta nel criterio di delega, si potrebbe dedurre che il responsabile del procedimento sia il solo soggetto titolare del potere di apportare varianti. In realtà, tale potere dovrebbe trovare la sua più corretta titolarità negli organi dell'ente committente competenti ad assumere decisioni di spesa. Di conseguenza, l'autorizzazione del responsabile del procedimento - almeno per le varianti sostanziali - dovrebbe rappresentare un passaggio necessario del processo, ma presumibilmente non dovrebbe esaurire il relativo iter.

La seconda questione attiene alla corretta interpretazione della previsione secondo cui l'autorizzazione del responsabile del procedimento deve caratterizzarsi per l'effetto sostitutivo di tutte le autorizzazioni e gli atti di assenso. Occorre infatti capire in che termini e con quali modalità questa generica previsione possa tradursi in prescrizioni puntuali, posto che vengono in rilievo questioni complesse attinenti le competenze dei singoli enti titolari degli atti di assenso, di autorizzazione e di tutti gli altri atti necessari per l'esecuzione dei lavori oggetto di variante, che certamente non possono essere annullate a favore di una competenza unica del responsabile del procedimento. Di conseguenza, la previsione deve essere più ragionevolmente interpretata nel senso che la normativa di recepimento dovrà stabilire che lo stesso responsabile del procedimento, all'atto del rilascio della sua autorizzazione, dovrà aver provveduto ad acquisire tutti gli atti e le autorizzazioni richiesti dalla normativa vigente per l'esecuzione dei lavori.

Nell'ambito del criterio di delega viene poi ribadito il principio della responsabilità del progettista in caso di errori di progettazione. Tale principio riprende quanto già previsto dalla normativa vigente; tuttavia la legge di recepimento potrebbe costituire l'occasione per superare le contraddizioni contenute nel comma 4 dell'articolo 132 - sopra ricordate - in relazione alla risoluzione del contratto conseguente a errori progettuali.

Altra previsione contenuta nel criterio di delega riguarda la facoltà da riconoscere all'ente committente di procedere alla rescissione del contratto nel caso in cui le varianti superino di una determinata soglia l'importo del contratto originario. Si tratta di una novità rispetto alla disciplina vigente, che prevede la risoluzione - peraltro in termini di obbligo e non di facoltà - solo nel caso di varianti per errori progettuali che superino il quinto dell'importo originario.

La facoltà di risoluzione viene quindi estesa, qualunque sia la ragione delle varianti, anche se viene appunto configurata in termini di facoltà. Di conseguenza, l'ente committente non potrà essere obbligato a risolvere il contratto qualora la soglia prefissata fosse superata, soluzione che appare condivisibile in quanto lascia opportuni margini di valutazione all'ente committente in relazione ai singoli casi concreti.

Nulla viene invece detto con riferimento alla posizione dell'appaltatore. In base alle norme

vigenti, quest'ultimo è obbligato ad eseguire i lavori oggetto di variante - sempre che non mutino sostanzialmente la natura dell'opera - agli stessi patti e condizioni del contratto originario, se il relativo importo rientra nel limite del quinto dell'importo del contratto originario (il così detto quinto d'obbligo). Oltre tale limite, l'appaltatore può decidere se eseguire comunque i lavori - anche a condizioni diverse ad quelle del contratto originario - ovvero recedere dallo stesso.

Sul punto, qualora permanesse la mancanza di indicazioni esplicite nei criteri di delega, si deve ritenere che il legislatore delegato abbia ampi margini per confermare o modificare la normativa vigente.

Infine - e ciò costituisce una novità rispetto alla normativa vigente - viene prevista l'introduzione di un regime sanzionatorio a carico delle stazioni appaltanti che omettano o ritardino la comunicazione all'Anac in merito alle varianti relative agli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.



15 Gen 2016

Dai lotti più piccoli, al pagamento diretto dei subappaltatori: focus sulle misure per favorire le Pmi

Luca Leone e Paola Conio

Il tema dell'accesso al mercato degli affidamenti pubblici delle micro, piccole e medie imprese – che costituiscono la stragrande maggioranza del nostro tessuto imprenditoriale – è da qualche anno avvertito anche a livello europeo, come dimostra l'approvazione nel 2008 dello Small Business Act e la considerazione di questa problematica anche nell'ambito delle nuove direttive in materia di contratti pubblici. Nel corso degli anni, anche il legislatore italiano ha adottato varie misure, ma la strada verso l'effettivo accesso delle Pmi al mercato dei contratti pubblici sembra ancora lunga. Come accennato, le nuove direttive hanno inserito tra le priorità l'adozione di misure volte a garantire alle micro, piccole e medie imprese la possibilità di partecipare agli affidamenti di contratti pubblici. Data la loro struttura, difatti, le Pmi sono quelle che risentono maggiormente di alcune patologie del sistema, quali i ritardi nei pagamenti, la fissazione di requisiti di partecipazione sproporzionati rispetto all'effettivo oggetto dell'appalto, l'aggregazione artificiosa di prestazioni disomogenee, l'eccessiva dimensione e durata dei contratti. La legge delega dedica molte disposizioni a questa problematica. Ecco le misure punto per punto.

Conoscibilità delle procedure di affidamento

Il criterio direttivo di cui alla lettera i) della delega prevede la semplificazione, armonizzazione e progressiva digitalizzazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici attraverso la promozione di reti e sistemi informatici. In questo modo, le Pmi dovrebbero avere un più facile accesso alle informazioni relative alle procedure in corso, il che, unito ad adeguate tempistiche, pure menzionate alla citata lettera i), dovrebbe condurre all'ampliamento della possibilità delle Pmi di partecipare alle gare. Difatti, la difficoltà di reperire in modo semplice, rapido e non oneroso tutte le notizie relative alle opportunità di mercato rappresenta un ostacolo effettivo alla possibilità di competere per l'aggiudicazione dei contratti.

Facilitare l'accesso alle gare

Uno degli ostacoli certamente più seri per la partecipazione delle Pmi alle procedure di affidamento dei contratti consiste nella tendenza di molte stazioni appaltanti a stabilire requisiti di partecipazione particolarmente gravosi, tanto da compromettere lo stesso interesse alla più ampia partecipazione alla gara. Forse il timore di non essere in grado di controllare efficacemente la sostenibilità e la bontà delle offerte presentate, spinge le amministrazioni ad innalzare l'asticella della partecipazione con la speranza di trovarsi di fronte interlocutori più qualificati e, dunque, più affidabili. È evidente, tuttavia, che si tratta di una distorsione del mercato, atteso che non si consente proprio alle imprese di dimensione più adeguata allo specifico appalto di partecipare alla procedura di affidamento. Certamente il principio della necessità di stabilire requisiti di capacità economica, tecnica e finanziaria proporzionati e

attinenti all'oggetto dell'appalto non è nuovo, tuttavia la lettera r) della legge delega (così come le direttive Ue) lo riafferma con grande decisione, specificando chiaramente che il legislatore delegato, nel normare sul punto, dovrà tenere presente sia l'interesse pubblico ad avere la più ampia platea di partecipanti, sia quello di favorire specificamente l'accesso da parte delle micro, piccole e medie imprese. Si rammenta che l'art. 58 della direttiva 2014/24/Ue impone la specifica motivazione nel caso in cui il fatturato minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto richiesto sia più del doppio del valore stimato dell'appalto.

Riduzione degli oneri documentali

Anche se non menzionano espressamente le Pmi, è evidente che le disposizioni che mirano alla semplificazione e riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei partecipanti alle procedure di affidamento possano giocare un ruolo importante nel facilitare il coinvolgimento degli operatori di minori dimensioni nel mercato dei contratti pubblici. Le lettere z) e aa) prevedono la possibilità di soccorso istruttorio non oneroso di qualsiasi elemento di natura formale, purché non attinente a elementi di valutazione dell'offerta, la verifica dei requisiti generali attraverso l'accesso ad un'unica banca dati centralizzata e la possibilità di utilizzo del Documento di gara unico europeo o documento analogo per autocertificare il possesso dei requisiti.

Suddivisione in lotti adeguati.

Con l'attenzione rivolta alle Pmi, si vuole combattere il fenomeno dell'aggregazione artificiosa di prestazioni eterogenee nell'oggetto dell'appalto, con lo scopo di renderne la massa critica maggiore e non intercettabile dagli operatori di piccole dimensioni. La lettera ccc) è specificamente dedicata al miglioramento delle condizioni di accesso al mercato delle concessioni e degli appalti pubblici, inclusi quelli di servizi tecnici e attinenti all'architettura e all'ingegneria per i piccoli e medi operatori economici, i giovani professionisti, le micro, piccole e medie imprese e le imprese di nuova costituzione, anche attraverso il divieto, appunto, dell'artificiosa aggregazione degli appalti e l'obbligo di motivare la mancata suddivisione in lotti.

Il criterio direttivo in questione è significativo anche perché non si limita a prevedere l'obbligo della suddivisione in lotti, ma si preoccupa anche di garantire che i lotti risultanti siano di dimensioni e valore effettivamente adeguati a consentire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese. È evidente che, nella prospettiva dell'aggregazione della domanda pubblica, la mancata previsione di lotti adeguati alla portata degli operatori di minore dimensione avrebbe potuto generare delle notevoli distorsioni e allontanare ulteriormente l'obiettivo di un sempre maggiore coinvolgimento delle Pmi negli affidamenti pubblici.

Favorire il coinvolgimento dei piccoli operatori

Ancora la lettera cc) prevede l'introduzione di misure premiali per appaltatori e concessionari che coinvolgano i piccoli e medi operatori economici, i giovani professionisti, le micro, piccole e medie imprese e le imprese di nuova costituzione nella partecipazione alle procedure di gara e nella fase esecutiva dei relativi contratti.

Favorire gli affidamenti telematici

La lettera cc) prevede una revisione degli strumenti utilizzabili da Consip, dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza, promuovendo anche un sistema di reti di committenza che possa determinare, proprio con l'obiettivo di garantire l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, un più ampio ricorso agli affidamenti di tipo telematico.

Favorire territorialità e filiera corta

La lettera ddd) prevede la valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale anche attraverso il favore nei confronti della territorialità e della filiera corta, con specifica considerazione delle ricadute occupazionali e con semplificazione dell'accesso agli affidamenti

delle micro, piccole e medie imprese.

Pagamento diretto dei subappaltatori

Il tema dei pagamenti è certamente tra quelli più delicati per una effettiva partecipazione delle Pmi alle procedure di affidamento di contratti pubblici nella veste di subappaltatori. Come "anello debole", la micro e piccola imprenditoria è quella più esposta alle conseguenze dell'eventuale crisi di liquidità dell'appaltatore. La lettera rrr) prevede che i decreti legislativi di attuazione della riforma specifichino i casi in cui la stazione appaltante, se il subappaltatore è una micro o una piccola impresa, procede direttamente al pagamento diretto delle prestazioni effettuate.

Tutto questo aiuterà? I criteri di delega colgono sicuramente gli aspetti significativi e sostanziali degli ostacoli ad una partecipazione effettiva delle Pmi al mercato dei contratti pubblici. Naturalmente occorrerà attendere l'esercizio concreto della delega e, soprattutto, il rispetto da parte delle stazioni appaltanti dei principi indicati, per verificare se gli strumenti daranno i risultati sperati.



15 Gen 2016

Project financing, la sfida del «rischio operativo» per i privati: chiarita la confusione tra Ppp e concessione

Massimo Ricchi

Il ddl 3194-A (Delega), approvato alla Camera il 17 novembre 2015 in seconda lettura e inviato al Senato per la terza e definitiva approvazione, detta specifiche disposizioni sul partenariato pubblico-privato (PPP) e la finanza di progetto (lett. ss e tt) e una dedicata alla disciplina organica dei contratti di concessione (lett. hhh).

La successione delle disposizioni citate nella delega non risponde a un intento di gerarchizzazione dei temi, sembra piuttosto una successione non proprio coerente, dettata dall'impellenza di mettere solo "sotto scorta" alcune specifiche problematiche affinché non sfuggano al legislatore delegato che dovrà raccogliere il testimone.

L'indicazione inserita in apertura del punto ss) della Delega di «razionalizzare ed estendere le forme di partenariato pubblico privato» deve essere intesa come l'esortazione a mettere mano alla classificazione vigente degli schemi di PPP (v. art. 3, comma 15-ter del Codice), in questo momento disomogenea tra l'altro perchè confonde i contratti di PPP con le procedure di affidamento.

Nella delega non c'è traccia del rapporto tra le forme di partenariato pubblico-privato e la «disciplina organica della materia dei contratti di concessione mediante l'armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti» di cui alla successiva lett. hhh); gli schemi contrattuali di PPP e le concessioni disciplinate dalla direttiva 2014/23/UE (Direttiva) sembrano essere due argomenti separati, ma non lo sono.

È necessario, pertanto, per comprendere a pieno la portata di queste disposizioni, trattarle in ordine inverso: prima la lett. hhh) sui contratti di concessione e poi le lett. ss) e tt) sul partenariato pubblico privato, inserendole in un contesto organico che abbia presente sia l'attuale codice dei contratti che le prescrizioni della direttiva: corpus normativi che hanno, tra l'altro, una diversa nomenclatura e una diversa "filosofia" per definire i contratti di concessione e quelli di PPP.

LA DISCIPLINA ORGANICA DELLE CONCESSIONI (LETTERA HHH)

La direttiva introduce accanto alla definizione formale delle concessioni, unificando quelle di lavori e di servizi, anche una definizione sostanziale: il trasferimento del rischio operativo in capo all'affidatario del contratto.

La definizione formale delle concessioni. Le definizioni formale dei contratti di concessione, riferita in modo unitario a quelle di lavori e di servizi, è contenuta compiutamente nel considerando 11 della Direttiva e non differisce sostanzialmente dalle definizioni contenute nell'art. 3, commi 11 e 12 del codice.

Infatti per la direttiva le concessioni sono contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, in virtù

dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione dei lavori e dei servizi o dei soli servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

In questo caso le "integrazioni" comunitarie della Direttiva riguardano la prospettazione di una pluralità di soggetti dal lato della domanda pubblica (amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori), ammettendo una possibile pratica di accorpamento delle amministrazioni per soddisfare la domanda complessiva proveniente da bacini più ampi di utenti, e dal lato dell'offerta, ribadendo l'ammissibilità dell'affidamento della concessione a raggruppamenti di imprese, circostanza tipica delle concessioni dove gli imprenditori si associano per strutturare offerte complesse.

La definizione sostanziale delle concessioni: il trasferimento del rischio operativo. L'aspetto con maggior tasso di innovazione della direttiva è la definizione sostanziale di concessione perché non ha precedenti né nella direttiva 2004/18/CE né nel codice, e le pronunce della Corte di giustizia europea (Ceg) non hanno mai raggiunto un tale livello di precisione definitoria. La definizione di concessione sostanziale è contenuta nell'ultimo capoverso dell'art. 5 della Direttiva «l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi».

La definizione sostanziale di concessione, collegata al trasferimento al concessionario di un rischio operativo, è fondamentale perché solo su di essa poggia l'applicazione della direttiva, consente infatti di prescindere dal nomen juris di un contratto per coglierne l'aspetto sostanziale.

La definizione di rischio operativo, a cui il privato concessionario deve essere esposto, ha una natura economica per i potenziali riflessi sulla sostenibilità del piano economico finanziario della concessione e può riguardare il lato della domanda e dell'offerta.

Tipicamente il rischio di domanda consiste nel fatto che la fruizione di quel servizio possa avere un calo per l'insorgere nel mercato di un'offerta competitiva di altri operatori, come per mancanza di appeal della gestione del concessionario, oltreché a fattori del tutto esogeni come quello di una contrazione dei consumi generata da una crisi economica.

Quanto al rischio operativo dal lato dell'offerta sembra coincidere con il rischio di disponibilità secondo la nomenclatura Eurostat e può riguardare (così il considerando n. 18 ultimo capoverso della Direttiva) i contratti in cui i privati vengono «remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice», in altre parole il riferimento è alle concessioni "fredde" per la realizzazione di ospedali, strutture penitenziarie, uffici pubblici.

Il dimensionamento del rischio operativo da parte della direttiva. Il concetto di rischio operativo delineato nella Direttiva non è astratto perché espone il concessionario a dei rischi che potenzialmente devono assumere un preciso valore economico.

Ai sensi dell'art. 5, comma 1 della direttiva, il rischio operativo, che deve essere trattenuto dal concessionario, ha natura economica e implica «che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione»; chiaramente ciò ha un impatto reale nei futuri contratti di concessione e sulla sostenibilità economico-finanziaria delle operazioni, che dipendono dal valore del rischio.

La dimensione del rischio operativo, da traslare in capo al concessionario mediante clausole contrattuali, deve essere commisurata almeno al valore degli investimenti effettuati e ai costi gestionali; questa clausola generale di misurazione del rischio operativo si adatta ad ogni tipo di schema contrattuale e trova i limiti dimensionali all'interno di ciascun progetto.

Le conseguenze della difformità dal requisito sostanziale di una concessione sul piano comunitario e nazionale. L'importanza dell'effettivo trasferimento del rischio operativo non solo si riflette sull'esatta applicazione delle norme procedurali applicabili, direttiva appalti o concessioni (considerando 18), la cui difformità può essere fatta valere nei termini e con gli ordinari procedimenti di impugnazione, ma si riflette anche sui contratti di concessione che siano "stabilizzati" e non abbiano subito ricorsi nonostante la loro difformità sostanziale dalle prescrizioni della direttiva. L'art. 44 della direttiva impone agli Stati membri di mettere le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori nelle condizione di porre termine alla concessione in vigenza della stessa se la Ceg constata, nell'ambito di una procedura di infrazione ex art. 258 TFUE, che sia stata aggiudicata violando le disposizioni della direttiva e, quindi, in mancanza del trasferimento del rischio operativo.

Una recente sentenza Tar[1] ha sancito la nullità del negozio per inosservanza dei precetti comunitari nella distribuzione dei rischi. Il contratto di concessione posto in essere senza una adeguata distribuzione dei rischi in violazione dei principi comunitari, e ciò vale anche per tutti i contratti di PPP, è nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 del codice civile, recante «contratto in frode alla legge», in quanto persegue un risultato precluso dall'ordinamento.

Inoltre, su un diverso piano di accertamento, anche la Corte dei Conti[2] rammenta come l'operazione di locazione finanziaria (contratto di PPP) possa rappresentare una forma di indebitamento vietata agli enti che hanno violato il patto di stabilità; con la conseguenza indicata nell'art. 20, commi 10 e 12, della legge n. 111 del 2011 che così recita: «I contratti di servizio e gli altri atti posti in essere dalle regioni e dagli Enti locali che si configurano elusivi delle regole del patto di stabilità interno sono nulli».

LA CENTRALITÀ DEL PEF NELLE CONCESSIONI (LETTERA HHH)

Un altro tema fortemente segnalato nella lett. hhh), accanto alla richiesta di indicazioni chiare per gli ambiti di affidamento delle concessioni escluse (dove la direttiva non si applica), è quello di avere chiarezza sul modo in cui sia possibile vincolare la concessione alla piena attuazione del piano economico finanziario, in altre parole al rispetto dei tempi e dei costi.

La concessione si compone di alcuni elementi costitutivi, in particolare del contratto, del progetto (nelle concessioni di servizi è il concept) e del piano economico finanziario (PEF). Questi tre elementi costituiscono un unicum inscindibile e già dal momento dell'indizione della gara devono essere coerenti tra loro. Il PEF è il documento che rappresenta quantitativamente lo sviluppo del progetto, la realizzazione dell'opera, la gestione del servizio, la sostenibilità economico finanziaria con il rispetto degli indici di bancabilità per la durata dell'intera concessione[3].

Il PEF consolidato al momento della stipulazione contrattuale ha una specifica distribuzione dei rischi ed un peculiare equilibrio economico finanziario.

La distribuzione dei rischi tra le parti deve seguire la regola aurea di assegnazione dello specifico rischio al soggetto (concedente e concessionario) che abbia le migliori capacità di gestirlo[4]. Infatti, i contratti di concessione sono contratti cooperativi il cui obiettivo è quello di mitigare i rischi connessi al verificarsi di eventi sfavorevoli, piuttosto che trattenere meno rischi o trasferirne la maggior parte alla controparte[5].

I rischi (costruzione e operativo) assunti dal privato sono la base per la remunerazione del capitale investito che dovrà essere ottenuta tramite «il diritto di gestire l'opera» ai sensi dell'articolo 3, comma 11 del Codice. Si ricorda, infatti, che la distribuzione dei rischi tra le parti e la relativa matrice sono un paradigma valutativo utilizzato dagli istituti di credito per il merito dell'erogazione del finanziamento.

Il rispetto del principio dell'equilibrio economico finanziario del PEF è la condizione essenziale per la stipulazione della concessione e per le operazioni di rinegoziazione del contratto, in considerazione della stretta correlazione tra equilibrio del PEF, distribuzione dei rischi,

investimenti, durata e congruità del contributo pubblico. Una particolare attenzione deve essere prestata nella sua determinazione per evitare impropri guadagni ed eliminazione dei rischi a carico del concessionario.

La Pa verificando in sede di aggiudicazione il perseguimento delle condizioni di equilibrio del PEF della concessione adempie ad un obbligo che tutela il proprio interesse affinché i contratti complessi e di lunga durata possano essere portati a conclusione[6].

La redazione del PEF deve rispettare anche i requisiti di bancabilità (i.e. sostenibilità finanziaria), o meglio le condizioni di finanziabilità che gli istituti di credito richiedono nel momento in cui si accede alle loro linee di credito per finanziare l'operazione. Una concessione non bancabile non otterrà il finanziamento, per cui non potrà essere realizzata l'opera e il servizio pubblico tramite questa[7].

Si ricorda che per sostenibilità finanziaria di un investimento si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso dei finanziamenti attivati. La sostenibilità finanziaria di un investimento viene misurata attraverso il calcolo degli indici di copertura del debito (cover ratio), che misurano la capacità del progetto di far fronte al servizio del debito in un determinato anno o in riferimento all'intero periodo di rimborso del finanziamento contratto. Gli indicatori di riferimento per la valutazione della sostenibilità finanziaria di un investimento sono il Debt Service Cover Ratio (DSCR) e il Loan Life Cover Ratio (LLCR).

L'importanza ed il rilievo delle specifiche condizioni di bancabilità nella redazione del PEF, hanno acquisito una legittimazione normativa in ambito nazionale tanto da poter affermare l'esistenza di un vero e proprio diritto di bancabilità del concessionario a fronte dell'obbligo della PA a concederlo. Infatti, il Codice impone alla PA ex art. 144, comma 3 che "i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera". L'assenza di adeguati livelli di bancabilità dell'opera impedisce la determinazione di un corretto equilibrio del PEF, facendo venire meno le condizioni di adempimento delle obbligazioni del concessionario.

La Pa ha, dunque, l'obbligo di incorporare nella stipulazione contrattuale e nelle eventuali revisioni dell'equilibrio del PEF, le condizioni di bancabilità di quel particolare momento storico dell'operazione: la mancanza costituirebbe in prima battuta un grave inadempimento dei propri obblighi e in ultima analisi un'operazione contro l'interesse pubblico perché impedirebbe la realizzazione della concessione.

LA RAZIONALIZZAZIONE DELLE FORME DI PPP (LETTERA SS)

La lettura integrale delle disposizioni della Ddlega lett. ss e tt), riferite ai contratti di PPP e poi la lett. hhh), riferita ai contratti di concessione, suscita il dubbio che tra le forme di partenariato pubblico privato e i contratti di concessione non ci sia un collegamento, come se ci fossero due discipline differenti: ma non è così. I termini, come si vedrà, sono sovrapponibili, deve essere solo fatta una scelta convenzionale tra i contratti di concessioni e i contratti di PPP di quale deve essere considerato la categoria generale e quella speciale: di seguito verrà proposta una soluzione che tiene conto delle specificità del nostro ordinamento.

Infatti, la Direttiva procede ad una importante omogeneizzazione concettuale; quando si riferisce alle concessioni include anche quei contratti che vengono classificati dalla nomenclatura di Eurostat come contratti di PPP, in cui il main payer sia la sola PA; queste sono chiamate opere fredde (ospedali, istituti penitenziari, tribunali, uffici pubblici ...) quando la remunerazione del concessionario provenga solo dalla PA e non dalla tariffazione di una pluralità di utenti. Per questo motivo il considerando 18 riconosce che "alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora" ci sia stato un effettivo trasferimento del

rischio.

Nel codice quest'ultima tipologia è espressamente previste dall'art. 143, comma 9, che disciplina il contratto di concessione, laddove «Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica Amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico finanziaria della concessione».

La direttiva include sotto la definizione «concessioni» tutte le formule di partenariato pubblico privato contrattuale, questa impostazione comunitaria si differenzia dall'impostazione organizzata dal Codice. Infatti l'art. 3, comma 15-ter del Codice, capovolgendo il rapporto tra genere e specie, riunisce sotto la definizione generale dei contratti di partenariato pubblico-privato i contratti di concessione di lavori, di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento a contraente generale, le società miste, ecc.

Sul piano interno sempre l'art. 3, comma 15-ter, la definizione dei contratti di partenariato pubblico-privato (di cui fanno parte le concessioni di lavori e di servizi), prescrive che per tali contratti debba esserci una «allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni comunitarie vigenti».

Il recepimento della Direttiva è, effettivamente, l'occasione per riordinare l'architettura definitoria delle concessioni, mantenendo l'impostazione attuale del Codice che prevede la categoria generale dei contratti di PPP all'interno della quale porre tutti quei contratti, indipendentemente dal nome loro assegnato, che però, come impone la Direttiva, trasferiscono il rischio operativo a carico dell'affidatario.

Questa impostazione imporrebbe di fare ordine e "pulizia" nell'attuale art. 3, comma 15 ter: in primo luogo eliminando sotto la definizione di contratti di partenariato pubblico privato quelli che sono, invece, dei procedimenti come «l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto» o «l'affidamento a contraente generale» tout court.

La nuova direttiva consente di comprendere quali siano effettivamente i contratti di PPP veri o apparenti. Ciò che rende esistente e valido un contratto di PPP, indipendentemente dal nomen juris, è esclusivamente la presenza del rischio operativo a carico dell'affidatario. La locazione finanziaria per essere considerata una concessione (o un contratto di PPP) deve prevedere a carico dell'affidatario un de minimis: gli obblighi di manutenzione straordinaria e ordinaria della struttura per il periodo di vigenza del contratto. Stesse considerazioni valgono per l'affidamento a contraente generale, solo nel caso, come recita l'art. 3, comma 15-ter del Codice «ove il pagamento dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi». Dietro la disponibilità dell'opera devono permanere un fascio di obblighi di mantenimento dell'opera in piena efficienza di utilizzo per tutta la durata del contratto che rappresenta il trasferimento del rischio. Infine, il contratto di disponibilità, che incomprensibilmente non è stato annoverato nella disposizione, è stato strutturato nel Codice con una distribuzione dei rischi tra le parti coincidente con le prescrizioni comunitarie vigenti, quindi anche con i requisiti sostanziali imposti dalla nuova Direttiva.

STRUMENTI DI GARANZIA SPECIFICI E SUPPORTO TECNICO ALLA PA (LETTERA SS)

La definizione e il dimensionamento del rischio operativo a carico dei privati della direttiva, risponde alla necessità di rendere efficienti ed efficaci i contratti di PPP e di concessione. In altre parole una corretta distribuzione dei rischi in questi contratti secondo la regola aurea di allocazione al soggetto che li sa gestire al meglio, consente, mediante l'allineamento degli incentivi, di realizzare le opere pubbliche nei tempi e nei costi preventivati: in altre parole li rende più convenienti.

L'esposizione al rischio degli affidatari dei contratti di PPP imposta e delineata nella Direttiva, è vero che ingenera un effetto di autorealizzazione nei contratti, ma allo stesso tempo spinge gli

istituti finanziatori a ridurre la concessione del credito e ad aumentare il tasso proprio per l'incremento del valore di esposizione dei rischi operativi.

Per questo motivo e per tutti questi contratti, e non solo per alcuni, secondo la disposizione ss) della delega vanno studiate forme di incentivazione di utilizzo attraverso il ricorso a strumenti finanziari innovativi e specifici.

L'intenzione evidente del legislatore della delega è riferibile, in prima battuta, alla disciplina dei project bond, che ha avuto successive fasi di adattamento per garantirne la neutralità fiscale rispetto ad altre forme di finanziamento. Un esempio riguarda la formula del project bond initiative 2020 predisposta dalla Commissione Europea. Il soggetto pubblico fornisce una quota di debito subordinato in grado di assorbire le eventuali perdite dell'investimento prima che vengano intaccate le ragioni creditorie degli istituti di credito finanziatori: la quota di debito subordinato messa a disposizione della Bei "copre" fino ad un massimo del 20% del debito senior.

Nella stessa Direttiva si può rilevare come l'art. 5 comma 1, con l'inciso «in condizioni operative normali» stabilisce una salvezza per il concessionario privato all'assunzione del rischio operativo.

Sembrerebbe che sia escluso dal rischio operativo a carico del concessionario quello generato dal rischio finanziario sistemico a fronte del quale, per entità e forza d'urto, nulla può l'operatore privato. Ci sono delle prassi nazionali e internazionali che, in presenza di fluttuazioni eccezionali dei tassi finanziari, esonerano il privato dall'assunzione del rischio corrispondente, imputandolo alla forza maggiore, soverchiante e non prevedibile, piuttosto che ad una incapacità del concessionario di gestire scenari finanziari difficili.

Nel considerando 19 della Direttiva è rinvenibile una circostanziata ammissibilità di forme di garanzia pubblica che consentono legittimamente di mitigare il rischio operativo a carico del concessionario. Il considerando citato riporta il caso di ammissibilità di mitigazione del rischio operativo attuata mediante accordi contrattuali che prevedono una compensazione in caso di cessazione anticipata del contratto, per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o per cause di forza maggiore.

In primo luogo il caso riportato per spiegare le condizioni di ammissibilità di una garanzia pubblica, che non esclude la sussistenza del contratto di concessione secondo i principi comunitari, è evidentemente esemplificativo, aprendo, con ciò, all'individuazione di altre tipologie di garanzie solo che rispettino alcuni fondamentali prescrizioni che sarebbe utile specificare in fase di recepimento.

Per cui, sembrerebbe che il rischio operativo (l'esposizione economica del concessionario all'avverarsi dell'evento dannoso) possa essere mitigato da garanzie pubbliche a condizione:

- che la limitazione del rischio sia prevista ab initio in accordi di natura contrattuale;
- che la compensazione del rischio operativo sia parziale con ciò consentendo la mitigazione riferibile ad un lasso di tempo periodo specifico (ad esempio la fase delicata di start up) oppure che sia limitata ad una quota di valore del rischio che la PA ritenga sia meritevole di condividere con il privato.

In questa direzione si muove il Piano Juncker con la regolamentazione dell'Efsi (European Fund for Strategic Investment), dove sono previste delle linee di credito rivolte ad assorbire le perdite inattese (derivanti da eventi negativi) per gli investitori privati.

La disposizione sulla necessità di assicurare il supporto tecnico alle stazioni appaltanti operato dalla disposizione ss) della Delega richiama: a) il processo di riduzione delle stazioni concedenti con la loro conseguente professionalizzazione; b) l'esigenza comunque di garantire a livello nazionale e a quello infra-regionale strutture altamente specializzate a supporto alle stazioni appaltanti; sembra essere il residuo dell'emendamento, poi non approvato, della costituzione

dell'Agenzia del PPP.

STRUMENTI DI GARANZIA DI TRASPARENZA E DI PUBBLICITÀ DEGLI ATTI (LETTERA SS)

L'indicazione contenuta nella disposizione ss) della delega di garantire nelle operazioni di PPP la trasparenza e la pubblicità degli atti, non è considerazione di mero stile comunitario: la trasparenza pubblica anche sul web di un dataset riferito ad un contratto di PPP costituirà una caratteristica tipica delle concessioni.

L'obbligatorietà di realizzare un PPP web site per ogni operazione, che comprenda le informazioni dalla fase di programmazione sino al termine della gestione del contratto di concessione, è generata già adesso dalla necessità di coordinare e dare attuazione alle norme imperative sulla trasparenza dell'azione amministrativa[8] e sull'anticorruzione[9]; c'è infatti la necessità di rendere servibili ed omogenei gli open data per un'immediata fruizione di controllo e di verifica della compliance.

Con il recepimento della nuova direttiva, l'obbligo di realizzare un PPP web site si è ulteriormente rafforzato per dare concreta effettività ai principi comunitari di trasparenza, parità di trattamento, mutuo riconoscimento ma ciò non solo per innescare delle dinamiche concorrenziali nello spazio del mercato europeo ma, soprattutto, per realizzare delle importanti finalità a vantaggio dei singoli attori che operano a vario titolo nel contesto del mercato del PPP come elencati nel considerando n.3 della Direttiva:

- a) per gli Stati, stimolando la massima efficienza nell'uso dei fondi pubblici ad utilizzare il denaro pubblico nella maniera migliore;
- b) per le imprese con particolare riguardo alle PMI consentendo di acquisire importanti opportunità commerciali tramite l'accesso a tutti i mercati dell'Unione senza comportare eccessivi oneri burocratici;
- c) per le autorità creditizie, stimolando il finanziamento nei settori infrastrutturali e nei servizi strategici dei cittadini;
- d) per gli investitori, potendo anche confrontare le redditività attese per le società di progetto non quotate; e) infine, ma con una valenza teleologica, rendendo ai cittadini dell'Unione la possibilità di verificare se siano stati erogati loro dei servizi di qualità ai prezzi migliori necessari per ottenere una crescita intelligente, sostenibile ed effettivamente inclusiva.

La trasparenza è utile per arginare il fenomeno tipico delle operazioni di PPP: la loro complessità fa sì che siano appannaggio di un ristretto gruppo di tecnici coinvolti, ciò crea diffidenza ed estraneità nei cittadini e utenti finali dei servizi i quali, invece, devono essere posti nella condizione di giudicare, anche in positivo, il decisore pubblico dalla qualità delle sue scelte e sino a quando queste non abbiano esaurito i loro effetti, i.e. il termine della concessione.

Inoltre, liberare queste operazioni dalla «riservatezza» non è solo una questione di attenzione all'opinione pubblica per aumentarne il coinvolgimento e disincentivare la sindrome di nimby, ma è noto come sia difficile monitorare i singoli passaggi procedurali e conoscere i termini esatti delle operazioni avviate, specialmente riferiti alle informazioni finanziarie precludendo ricerche, analisi e comparazioni che possono guidare gli operatori nelle scelte future in un campo così aperto e sperimentale.

L'esigenza di un reale monitoraggio è evidenziata dall'attuale incompletezza delle banche dati e degli osservatori dedicati al PPP, si pensi ad esempio alla mancanza di informazioni dettagliate su un passaggio fondamentale come il closing finanziario o ancora sulle operazioni passate in fase gestionale, o su quale sia la concreta entità dei rischi traslati, ecc.

Per dare attuazione a questo importante "fascio" di interessi non può esserci anche qui che il ricorso ad un open dataset dove ciascuno individui le informazioni da utilizzare per i più vari fini anche quelli decisionali o di politica economica. La trasparenza responsabilizza le parti coinvolte, conferendo efficienza ai processi e inducendo il rispetto del timing, l'esposizione mediatica rassicura i mercati sulla serietà dell'iniziativa ed è dimostrato come renda difficili

eventuali pratiche corruttive.

LO STUDIO DI FATTIBILITÀ STRATEGICO (LETTERA TT)

Nella disposizione tt) della Delega viene acceso un faro sullo studio di fattibilità (SdF). L'analisi dei fattori di criticità delle operazioni di PPP si condensano sulla scarsa qualità degli SdF che oramai devono uscire da una logica descrittiva e devono porsi come momento di progressiva acquisizione di competenze della PA e di programmazione delle strategie al servizio dell'interesse pubblico. Lo SdF è il momento in cui viene realizzata una vera simulazione dell'operazione ex ante, che ha la funzione non solo di garantire il decisore pubblico sulla conformità giuridica, amministrativa, contabile dell'iniziativa ma soprattutto di porre sul mercato un'operazione che possa essere apprezzata da tutti i potenziali attori coinvolti (istituti finanziatori, fondi di investimento, imprese, gestori, ecc.) per fare le proprie scelte di investimento.

La precisazione dei contenuti dello SdF delineate nell'art. 14 del Dpr 207/2010 (vedi anche determina Anac n 1/2009 Linee guida per la redazione degli studi di fattibilità) probabilmente non sono ancora sufficienti per allineare la prassi ai migliori standard internazionali. Tra l'altro si segnala dello stesso art. 14, ma le disposizioni sono numerose,: i) il comma 2, lett a, sub 2 la necessità di una analisi di mercato della domanda e dell'offerta sia attuale che previsionale; ii) comma 4, lett. d, sub 1, la verifica della possibilità della concessione rispetto all'appalto. Si tratta del PPP test è necessario dimostrare la convenienza economica dell'operazione in finanza di progetto rispetto l'appalto tradizionale volto anche a prevenire obiezioni della Corte dei Conti; iii) l'analisi della fattibilità finanziaria avuto riguardo alla dimostrazione della veridicità dei dati di input del PEF; iv) gli elementi essenziali dello schema di contratto, in questa devono essere formulate le clausole del contratto di concessione non negoziabili che consentano alla PA di avere il controllo efficace dell'operazione in ogni fase anche in quelle critiche, rendendo predeterminabili gli eventuali i costi di uscita e l'allocazione dei rischi ritenuti non modificabili.

Lo SdF è il documento strategico che viene a formarsi progressivamente e integra conoscenze e informazioni della PA senza dare per scontato il percorso procedimentale adatto, che viene individuato solo al termine dell'analisi: infatti può essere il procedimento ex art 144 (finanza di progetto ad iniziativa pubblica), ex 153, commi 1 - 14 del Codice dei Contratti o il comma 15 (finanza di progetto ad iniziativa privata monofase o bifase) o altre forme procedimentali legate a specifici contratti. Anche l'identificazione del contratto da mettere in gara è il risultato di una analisi di compatibilità rispetto ad obiettivi della PA e la capacità di gestione della PA. Per cui deve essere valutato non solo il contratto di concessione ma anche il contratto di disponibilità e la locazione finanziaria immobiliare, specialmente in relazione al contesto di mercato attuale: ogni contratto è portatore di una specifica distribuzione dei rischi che li rende interessanti a differenti operatori di mercato.

La disposizione in esame ha due obiettivi il primo è di rafforzare il contenuto dello SdF in ordine alla attendibilità che possa avere successo l'aggiudicazione con la conseguente stipulazione contrattuale, il secondo deve dimostrare che l'operazione sia bancabile ovvero sia che abbia un livello di appetibilità che consenta agli istituti creditizi di consentire al closing finanziario senza successive modifiche contrattuali.

Infine, la disposizione in commento rimarca la necessità che negli affidamenti dei contratti di PPP (contratti di concessione, di locazione finanziaria, contratti di disponibilità e affidamento a contraente generale con rischio operativo traslato) prima di arrivare all'aggiudicazione siano già disponibili gli atti di assenso, di autorizzazione e nulla osta all'operazione. Ciò per evitare che la volontà della PA, intesa in senso allargato (Sovrintendenze, USL, VVFF, Amministrazioni sovraordinate, magistrato delle acque ecc.) venga manifestata "a rate" durante l'esecuzione del contratto. Ciò comporta solo inevitabili ritardi e, inoltre, l'imposizione di eventuali prescrizioni economicamente rilevanti in corso di esecuzione falsa l'equilibrio del PEF dell'aggiudicatario,

imponendo una rinegoziazione. Per la verità questa cautela è stata già sentita dal legislatore che ha imposto l'espletamento della conferenza di servizi istruttoria sullo SdF prima di lanciare la gara ai sensi dell'art. 14-bis, comma 1-bis della legge 241/90. Con questo accorgimento prima della pubblicazione del bando di gara vengono raccolte le macro prescrizioni a cui ogni soggetto interessato, posto a tutela di interessi specifici pubblici, condiziona il proprio atto di assenso; le prescrizioni così raccolte divengono nel bando i limiti alla progettazione valevoli per tutti i concorrenti.

Il legislatore nella Delega evidentemente ha voluto estendere tale norma, attualmente obbligatoria per legge solo con riferimento alle procedure dell'art.153 del Codice, a tutti gli affidamenti di contratti di PPP indipendentemente dalla procedura di aggiudicazione.

NOTE

[1] La Sentenza Tar Sardegna, n. 213 del 10 marzo 2011.

[2] Un ampio riepilogo in Deliberazione Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per il Veneto 2/9/2011 n. 352/2011.

[3] Cfr. Consiglio di Stato, Sent. 23 marzo 2009, n. 1741. La S. precisa "la validità economico finanziaria del progetto costituisce il presupposto dell'intera operazione di project financing". Conformi Tar Lombardia, Brescia, Sent. 26 maggio 2009, n. 1064; Tar Puglia, Bari, Sent. 19 aprile 2007, n. 1087; Tar Sicilia, Catania Sent. 13 novembre 2006, n. 2193.

[4] Il Libro verde sul PPP, cit., indica che "I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi".

[5] Cfr Tar Liguria, Sent. del 14 giugno 2012, n. 830. Il Consiglio di Stato, Sent. 10 gennaio 2012, n. 39, ritiene che nella concessione un rischio ridotto per l'impresa e la sussistenza di oneri a carico del soggetto pubblico siano compatibili con l'istituto del project financing.

[6] Cons. Stato, sez. IV, Sent. 16 giugno 2008, n. 2979.

[7] Cons. Stato, sez. V, Sent. 11 luglio 2002, n. 3916 (punto 3 in diritto); Tar Campania, sez. I, Sent. 26 maggio 2004, n. 9517.

[8] Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, recante il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

[9] Legge 6 novembre 2012 , n. 190 - Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

15 Gen 2016

Appalti verdi, gestioni locali, provincia di Bolzano: ecco chi ha già anticipato la riforma

Giuseppe Latour

La riforma, a guardare bene, è già partita. La revisione del sistema degli appalti italiani non sarà un'esclusiva della legge delega e del decreto attuativo che ne scaturirà. Mentre il Parlamento si affannava per limare gli ultimi dettagli del disegno di legge appena licenziato, infatti, da più parti arrivavano spinte per introdurre qualche anticipo di riforma. Lo ha fatto la Provincia autonoma di Bolzano, che ha già recepito le direttive europee. Lo ha fatto lo stesso Parlamento, con alcuni interventi del collegato ambientale. Ma, soprattutto, il Governo si prepara a sorpresa ad avviare, nel quadro della riforma della pubblica amministrazione, una manovra sui lavori in house delle concessionarie, per i soli servizi esclusi.

L'ultima novità in ordine di tempo dovrebbe arrivare, per la precisione, con i decreti attuativi della riforma della pubblica amministrazione. La bozza del provvedimento che rimette mano ai servizi pubblici locali, infatti, contiene un intervento significativo sui lavori in house. Tema molto delicato, soprattutto per il settore delle autostrade che, però, non viene toccato dalla riforma Madia. I settori citati (acqua, energia, trasporti) sono quelli esclusi dall'applicazione stretta del Codice appalti. Da un lato, allora, la legge delega stabilisce che i concessionari possono svolgere in house il 20% dei lavori, mentre devono assegnare con gara il restante 80 per cento. Vengono escluse da questi paletti le concessionarie scelte con "procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea". Dall'altro, il decreto attuativo fa scelte più forti e vieta di eseguire i lavori in house in caso di concessione affidata senza gara. Al contrario, tutti paletti sull'in house cadono se la gestione è stata affidata con gara. Con due precisazioni. La prima è che il gestore scelto con gara deve essere in possesso della qualificazione necessaria a eseguire gli interventi. La seconda è che la gara deve aver avuto ad oggetto non soltanto la gestione del servizio, ma anche l'esecuzione dei lavori connessi.

A metà dicembre la Provincia autonoma di Bolzano ha fatto un passaggio ancora più innovativo, approvando una legge di recepimento delle direttive europee in materia di appalti. Di fatto, in questo modo ha anticipato addirittura la pubblicazione dei decreti attuativi a livello nazionale. Il testo, che si compone di 61 articoli, fissa quattro priorità, indicate chiaramente nelle premesse: semplificare e rendere più flessibili le procedure di aggiudicazione, migliorare l'accesso alle gare delle Pmi, favorire il perseguimento di obiettivi come la tutela dell'ambiente e del lavoro, fissare regole specifiche per alcune tipologie di servizi.

Rispetto all'impianto della legge delega in fase di approvazione al Senato, la spinta innovativa è decisamente più accentuata. Già all'articolo 5 si parla, ad esempio, di aggregazione dalla domanda, tramite l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ACP). Tra le varie funzioni ad essa attribuite, c'è la standardizzazione delle procedure di appalto, tramite una documentazione apposita creata per le diverse tipologie

di gara. Pesa molto anche la digitalizzazione, dal momento che le stazioni appaltanti, salve alcune deroghe, "utilizzano le procedure interamente in modalità telematica", tramite la piattaforma provinciale.

Pochi giorni dopo, alla fine di dicembre, il collegato ambientale è stato licenziato dalla Camera. E ha messo in campo una mini riforma, riservata agli appalti verdi. Secondo la norma, saranno incentivate le imprese che partecipano ad appalti pubblici dimostrando di avere una registrazione Emas (che certifica la qualità ambientale dell'organizzazione aziendale): potranno beneficiare di una riduzione fino al 30% della cauzione a corredo dell'offerta. Inoltre, tra i criteri per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa vengono inseriti la titolarità di un marchio Ecolabel (per più del 30% del valore dell'appalto) e il ciclo di vita dell'opera, secondo le indicazioni della nuova direttiva comunitaria sugli appalti pubblici. Per l'assegnazione di contributi e fondi in materia ambientale il possesso della registrazione Emas sarà considerato un elemento di preferenza.

15 Gen 2016

Le reazioni: dalle imprese ai progettisti la delega raccoglie solo consensi

G.La.

Non soltanto maggioranza e Governo. Il coro unanime di reazioni positive che ha salutato l'approvazione in via definitiva della legge delega sugli appalti comprende anche imprese, professionisti e sindacati. Dalla maggioranza arrivano parole di grande soddisfazione, a compimento di un percorso durato oltre un anno.

Il relatore del Ddl al Senato, Stefano Esposito parla di «riforma per far ripartire l'Italia» e si dice «orgoglioso di avere contribuito a questa legge». Mentre la relatrice alla Camera, Raffaella Mariani ricorda l'importanza del lavoro di squadra che ha coinvolto, insieme al Parlamento, anche Governo e Anac. Il presidente della commissione Ambiente di Montecitorio, Ermete Realacci spiega che la legge apre «una nuova stagione di trasparenza, efficienza, qualità, partecipazione, tempi e regole certi nei lavori pubblici». Mentre il viceministro delle Infrastrutture, Riccardo Nencini ricorda che «il nuovo Codice si muove all'interno di una cornice europea, semplificatoria e fortemente innovativa».

Sul fronte delle imprese, il vicepresidente Ance con delega alle Opere pubbliche, Edoardo Bianchi plaude al «passo fondamentale per una profonda riforma del sistema degli appalti». In particolare, piacciono «i principi volti a promuovere trasparenza, semplificazione e lotta alla corruzione». E il fronte della progettazione non è da meno. La presidente dell'Oice, l'associazione delle società di ingegneria aderente a Confindustria, Patrizia Lotti parla di «salto in avanti verso la modernizzazione», ottenuto «affidando al progetto e al progettista un ruolo centrale». Stessa impostazione del Consiglio nazionale degli architetti, che sottolinea «una svolta nel settore dei lavori pubblici che premia la qualità». Anche i sindacati dell'edilizia, Feneal Uil e Filca Cisl, si dicono soddisfatti.

Qualche differenza di vedute c'è su alcuni passaggi specifici. Ad esempio, sulla clausola sociale in materia di call center. La Slc Cgil parla di «giorno storico», rivendicando l'importanza della novità. Mentre Dina Ravera, presidente di Assotelecomunicazioni-Asstel, precisa che la norma «è di rilevanza per la filiera delle telecomunicazioni, in quanto conferma la centralità della contrattazione fra le parti sociali come strumento più idoneo per la costruzione di una comune cornice di condizioni applicative e regole». Quindi, è importante che non sia stata adottata una soluzione rigida, preferendo «assicurare la necessaria flessibilità e adattabilità rispetto alle diverse realtà industriali».