

# Costruttori. Romani

Poste Italiane S.p.A.  
Spedizione in abbonamento postale - 70%  
DCB Roma

ANCE ROMA  
**ACER**  
Associazione Costruttori Edili  
di Roma e Provincia

n. 3-4 marzo-aprile 2016 - Mensile dell'ACER - Nuova serie - Anno XXX

**Luci**  
ed ombre  
del **Codice**  
Appalti



## Costruttori Romani

mensile dell'ACER  
Associazione Costruttori Edili  
di Roma e Provincia

n. 3-4 marzo-aprile 2016  
Nuova serie - Anno XXX

Autorizz. del Tribunale di Roma n. 652  
dell'11/12/1987 - Registro Stampa

### Direttore responsabile

Edoardo Bianchi

### Direttore editoriale

Angelo Provera

### Comitato di Redazione

Emiliano Cerasi  
Veronica De Angelis  
Charis Goretti  
Giancarlo Goretti  
Tito Muratori  
Francesco Ruperto  
Lorenzo Sette

### Coordinatore editoriale

Fabio Cauli

### Fotografie

Archivio ACER  
Paolo Cornia

### Progetto grafico e impaginazione

Aton - Roma

### Impianti e stampa

The Factory srl - Roma

### Proprietario ed editore

#### ACER

00161 Roma - Via di Villa Patrizi, 11  
Tel. 06 440751 - Fax 06 44075510  
costruttoriromani@acerweb.it  
www.acerweb.it

Iscr. R.O.C. n. 24484

La spedizione in abbonamento  
postale della Rivista (pari a euro 36,00)  
è inclusa nella quota associativa  
fissata dall'Assemblea Generale  
delle imprese associate

### ACER, Direttore generale

Alfredo Pecorella

associato



## editoriale

### 3 L'offerta economicamente più vantaggiosa? Cui prodest?

di Edoardo Bianchi e Angelo Lancellotti

## fatti

### 6 Le novità del nuovo Codice

di Angelo Provera

### 9 Codice Appalti 3 marzo 2016. Contenuti, profili positivi e criticità

A cura del servizio studi ANCE

## testimonianze

### 21 Il ruolo dell'ANAC è super partes

A cura di Raffaele Cantone

### 23 Pronti a cambiare il Codice in corso d'opera

A cura di Graziano Delrio

### 25 I Contratti Pubblici sono la leva della nostra politica economica

di Arturo Cancrini

### 29 Il punto di vista degli architetti Intervista a Giuseppe Cappochin

A cura di Matteo Morichini

### 32 Garanzie fideiussorie ed assicurazioni nel Nuovo Codice degli Appalti

A cura di Andrea Barni

### 34 Più ombre che luci nel Nuovo Codice Intervista a Francesco Bachetoni

A cura di Fabio Cauli

### 36 BIM e appalti pubblici: da paventato obbligo a conveniente opportunità?

A cura di Francesco Ruperto

### 38 Verso la riduzione delle tutele giurisdizionali

Intervista a Patrizio Leozappa

A cura di Fabio Cauli



## economia

### 42 L'OICE esprime parere positivo per il giudizio del Parlamento a favore della concorrenza e della centralità del progetto

di Luca Carrano

## la voce dell'ANCE

### 44 Mutiamo il modello di business: la crisi riguarda anche l'offerta

di Filippo Monge

## la nostra storia

### 46 Cristoforo Colombo e gli hipster

di Federico Scarpelli

### 48 Per una storia della nettezza urbana a Roma

di Giuseppe Francone



# L'offerta economicamente più vantaggiosa? Cui prodest?

Tra le criticità va segnalata la norma che riguarda i criteri di aggiudicazione. Meglio sarebbe applicare il massimo ribasso con l'esclusione automatica delle offerte anomale

di **Angelo Lancellotti** Vice Presidente dell'ACEN per le OO.PP.  
di **Edoardo Bianchi** Presidente ACER



Edoardo Bianchi



Angelo Lancellotti

Come ACER (Associazione Costruttori di Roma) ed ACEN (Associazione Costruttori di Napoli) in relazione al nuovo Codice degli Appalti abbiamo sentito il bisogno di onorare il lavoro fin qui svolto sulla tematica, in particolare, dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa (in seguito OEPV) mettendo nero su bianco qualche pensiero.

Certamente anche altri aspetti dell'emanando Codice meritano la stessa attenzione. Questo, però, più degli altri, mette in evidenza l'ipocrisia degli slogan e degli annunci con i quali il Governo sta promuovendo la riforma in discussione.

## OEPV negli appalti sotto soglia: la grande bugia

È da più giorni che leggiamo sugli organi di stampa le meraviglie decantate dal Governo relativamente al nuovo Codice degli Appalti. Si parla di trasparenza, economicità, efficacia, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione e chi più ne ha più ne metta. In estrema sintesi: la panacea di tutti i mali dei Contratti Pubblici. In realtà il Codice è ben lungi da tutto ciò.

In particolare, l'enfatizzazione dell'OEPV come soluzione salvifica rispetto al massimo ribasso (con o senza esclusione automatica) rappresenta, soprattutto negli appalti sotto soglia, la smentita di tutto quanto sopra annunciato. L'istituto dell'OEPV non è certo una novità: se ne rinven- gono tracce anche nella Merloni anche se è più precisa- mente normato nel 163/2006.

Esso trae origine dal sistema comunitario ed è stato, in prima battuta, sostenuto dall'ANCE.

Considerato il valore raggiunto dai ribassi, ci sembrava fosse diventato indispensabile individuare un criterio di aggiudicazione che potesse prescindere dall'elemento prezzo come unico fattore di valutazione. Il nuovo cri- terio di aggiudicazione avrebbe dovuto consentire di valorizzare il know-how delle imprese strutturate e, al tempo stesso, di calmierare i ribassi.

L'idea, peraltro, si conformava alle best practices europee. Per qualche tempo, probabilmente, l'OEPV è stata usata correttamente e per le finalità che la stessa si prefiggeva. Ben presto però, purtroppo, sono stati i suoi difetti piuttosto che i suoi pregi a farsi sentire sul mercato, con il risultato che l'uso distorto che ne è stato fatto ha portato alla scom- parsa di un mercato trasparente negli appalti sotto soglia. Per sua natura, infatti, l'OEPV si presta ad essere utilizza-

ta soprattutto per appalti di elevata complessità, lì dove un'impresa può mettere a disposizione della stazione appaltante il proprio know-how offrendo, in fase di gara, oltre al prezzo anche delle migliorie al progetto, per la P.A. È ovvio che tale complessità, certamente intrinseca ad appalti di un certo valore, non è affatto scontata in appalti di minore dimensione. Andrebbe, pertanto, valutato, caso per caso, se la scelta di una procedura di aggiudicazione così complessa sia giustificata dalla reale possibilità che le imprese partecipanti possano offrire delle migliorie al progetto tali da garantire un grande vantaggio per la Pubblica Amministrazione.

Il valore dell'appalto è un parametro di non poco conto se consideriamo una serie di fattori relativi all'OEPV:

- i costi di partecipazione che le imprese devono sostenere;
- i costi delle commissioni di gara;
- l'allungamento dei tempi di aggiudicazione connessi al lavoro delle commissioni aggiudicatrici;
- la cattiva prassi che ha finito per rendere le migliorie, e ancor più le opere aggiuntive richieste in gara, un ribasso mascherato a carico degli operatori economici;
- l'incremento del contenzioso relativo alla fase di scelta del contraente.

Potremmo, quindi, dire che, già in un paese perfetto, tale criterio di aggiudicazione andrebbe utilizzato solo al di sopra di certi importi e al verificarsi di determinate condizioni.

Bene! A fronte di queste considerazioni di carattere generale, in Italia, purtroppo, non si contano gli appalti aggiudicati con l'OEPV al di sotto dei 500.000 euro (e numerosissimi inferiori ai 300.000 euro). Da un certo momento in poi, c'è stato un vero e proprio boom dell'OEPV come criterio di aggiudicazione.

Il motivo?

Semplice: l'estrema discrezionalità nell'assegnazione dei punteggi alle migliorie consente, spesso, di indirizzare la gara verso chiunque dei partecipanti senza correre alcun rischio.

Non a caso, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici nell'Atto di Segnalazione al Governo n. 3 del 21/05/2014, proprio con riferimento alla direzione da prendere nel recepimento delle nuove direttive comunitarie segnalava quanto segue:

"Orbene, in tale nuovo contesto normativo, in fase di recepimento, non potrà non tenersi conto di questo

nuovo approccio costo/efficacia, che andrà opportunamente valorizzato in sede di disciplina dei criteri d'aggiudicazione.

Si dovrà tener conto, altresì, dei rischi insiti nella completa abolizione del criterio del prezzo più basso (trattandosi di disposizione a recepimento facoltativo). Se è vero, infatti, che quest'ultimo costituisce il criterio che più di ogni altro consente il buon esito di eventuali accordi collusivi tra operatori, nella singola gara, è altrettanto vero che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (secondo la vecchia dizione) espone al maggior rischio di accordi illeciti tra operatori e stazioni appaltanti e ne assicura il buon esito.

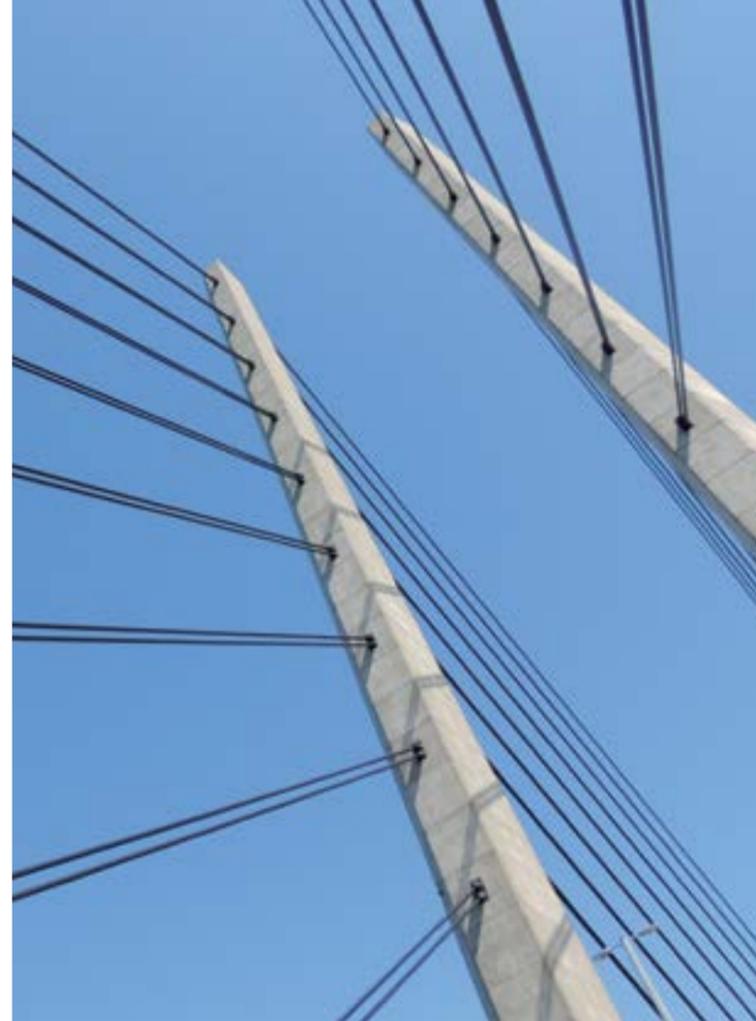
Da tale ultima considerazione non si potrà prescindere per una corretta valutazione dei risvolti negativi insiti nell'eventuale recepimento del divieto assoluto di utilizzare il criterio del prezzo più basso".

A confermare l'allarme lanciato dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici è, non solo, il fiorire di appalti aggiudicati con il criterio dell'OEPV di importi risibili (al confine con lo scandaloso, sotto i 100.000 euro), ma anche la circostanza che, soprattutto negli appalti sotto soglia, è quasi impossibile rinvenire aggiudicazioni ad imprese fuori dal territorio regionale, ma anche fuori provincia.

Ne deriva che, nella più aulica, pura ed ingenua delle interpretazioni, l'applicazione di tale criterio di aggiudicazione si traduce in una sorta di localismo mascherato. Lo scarso numero di partecipanti alle gare sotto soglia, aggiudicate con questo criterio, conferma quanto poco le imprese credano nella trasparenza e bontà dell'OEPV. Ulteriore conferma risiede anche nel crescente numero di aggiudicazioni di appalti di notevole importo ad imprese con iscrizioni risibili rispetto all'importo dei lavori e in alcuni casi totalmente prive di iscrizione o dedite ad altre attività (fornitori o noleggiatori).

In tali casi l'uso distorto dell'OEPV si sposa con quello dell'Avvalimento. Molti Consorzi Stabili, infatti, tradendo totalmente le ragioni dell'Istituto sono diventati dei veri e propri "avvalifici". Più volte l'ANCE ha chiesto che la pratica dell'Avvalimento fosse preclusa ai Consorzi Stabili qualificati solo attraverso l'iscrizione delle imprese partecipanti, purtroppo senza risultati (anche l'attuale Codice non prevede alcun divieto).

Tornando ai casi di cui sopra, cosa spinge tali aziende con



know-how scarso o pari a zero, a partecipare a gare di importo così elevato cui rinunciano, persino, imprese che quelle iscrizioni le posseggono in prima persona?

La risposta, ancora una volta, è drammaticamente semplice: la certezza di poter essere aggiudicati.

Proprio per le evidenti distorsioni che presenta il mercato degli appalti sotto soglia aggiudicati con l'OEPV è particolarmente grave, e francamente incomprensibile, la previsione dell'articolo 77 comma 3 dell'emanando Codice, che consente, in tali casi, alle stazioni appaltanti, la nomina di commissari interni all'amministrazione stessa.

A tutto quanto sopra esposto vanno poi aggiunti due aspetti strettamente legati al discorso della valutazione delle migliorie e che poco contribuiscono alla trasparenza e convenienza di tale criterio di aggiudicazione.

Il primo è la questione dei "segreti tecnici e commerciali" cui si attaccano molti aggiudicatari per impedire l'accesso alla propria offerta da parte degli altri concorrenti e cui, con favore, si adeguano le amministrazioni compiacenti.

L'altro riguarda l'esecuzione dei lavori: molte delle mi-

gliorie proposte, spesso, vengono stravolte, se non addirittura abbandonate, nel corso dell'esecuzione senza che nessuno possa effettuare un controllo.

In estrema sintesi possiamo concludere che l'offerta economicamente più vantaggiosa presenta, in generale, una serie di difetti evidenti:

- allungamento dei tempi di aggiudicazione;
- incremento dei costi di partecipazione per le imprese;
- aumento dei costi per le stazioni appaltanti;
- la cattiva prassi che ha finito per rendere le migliorie, e ancor più le opere aggiuntive richieste in gara, un ribasso mascherato a carico degli operatori economici;
- restrizione del mercato conseguenza di una partecipazione limitata;
- effetti di localismo mascherato;
- facilitazione di accordi collusivi;
- incremento del contenzioso relativo alla fase di scelta del contraente.

Se la negatività di taluni dei detti aspetti viene affievolita, per appalti di una certa rilevanza, dall'elevato livello di tutti i soggetti coinvolti (anche nella sorveglianza), essa esprime tutti i suoi effetti nefasti nel mercato sotto soglia portando ad una restrizione se non alla scomparsa dello stesso.

Per tale ragione, come ANCE, partendo proprio dall'Atto di Segnalazione citato abbiamo chiesto che l'offerta economicamente più vantaggiosa sia vietata al di sotto di 2 milioni e mezzo di euro e sia consentita tra 2 milioni e mezzo alla soglia comunitaria solo per lavori di particolare complessità o elevato contenuto tecnologico.

Al tempo stesso abbiamo proposto, per gli appalti aggiudicati con il metodo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, un meccanismo antiturbativa che rende ignoto ai concorrenti, al momento della partecipazione alla gara, il metodo della determinazione della soglia di anomalia.

Il raggiungimento di questo obiettivo, che deve essere condiviso da tutti, esclude che si cerchino scorciatoie, si invocino favori, si perseguano interessi personali, si navighi all'esterno delle regole del vivere civile.

In tal modo, e solo in tal modo, eliminando ogni ombra, potremo rivendicare con il giusto orgoglio di essere gli eredi, degni, della storia di cui ci parla ogni pietra della nostra città. ●



# Le novità del nuovo Codice

di **Angelo Provera** Direttore editoriale di Costruttori Romani



**L** Il Nuovo Codice degli Appalti, introducendo l'offerta economicamente più vantaggiosa come modalità presoché unica di scelta dell'impresa realizzatrice, mette nelle mani della Pubblica Amministrazione e della politica locale una discrezionalità quasi illimitata nel decretare la crescita imprenditoriale o la fine delle imprese di costruzioni. Fossimo in Svezia o in una normale nazione europea la cosa non creerebbe particolare apprensione; la discrezionalità si rivelerebbe la scelta della migliore soluzione tecnica e le gare verrebbero aggiudicate a chi offre il miglior rapporto qualità prezzo. Purtroppo al legislatore è sfuggito il fatto che viviamo in un Paese i cui livelli di corruzione, particolarmente nel settore pubblico, hanno raggiunto picchi da far invidia alle peggiori nazioni del terzo mondo; e la pressione della politica sugli appalti pubblici, visti ancora come una specie di vacca da mungere, rimane immutata dai tempi di tangentopoli. Per non parlare del peso della malavita organizzata in molte regioni. Il risultato rischia dunque di produrre esiti drammatici e la fine di qualsiasi residuo di libero mercato. Tuttavia la cosa appare ormai decisa ed in qualche modo irreversibile, anche perché va nella direzione di tutta la legislazione

europea in materia. E vogliamo tentare di credere in quanto ha sostenuto Cantone, ovvero che la discrezionalità ha i suoi rischi, ma questa è una sfida che vede al centro il rinnovamento della Pubblica Amministrazione.

È dunque necessario guardare avanti e capire se il nuovo sistema possa essere sottratto all'esito che riteniamo più probabile per aprire la strada a comportamenti virtuosi. O quantomeno decorosi.

Cominciamo da casa nostra.

È noto che i sistemi discrezionali di aggiudicazione, già utilizzati su larga scala negli ultimi anni, hanno creato una vera mutazione del nostro settore, spingendo ai margini gli imprenditori migliori o comunque rispettosi della legge, per aprire autostrade in favore di corruttori e clienti o addirittura prestanomi della politica.

Dispiace dire che questo è accaduto nel silenzio colpevole e quasi complice delle nostre associazioni sindacali, che spesso si sono precipitate a difendere aziende inquisite o palesemente sospette di corruzione e poco hanno fatto per difendere gli imprenditori onesti che scivolavano via via fuori dal mercato. Né mai sono intervenute in presenza di evidenti fenomeni

distorsivi della concorrenza, spesso governati dal malaffare, che erano davanti agli occhi di tutti. Il caso del MOSE non è il solo, anche se molto evidente. Ma anche di quanto avveniva all'ANAS molto si sapeva e non risultano interventi in difesa della correttezza di mercato. Qualcosa si è fatto, faticosamente, spesso incontrando resistenze non piccole, sia nella struttura che negli organismi decisionali dell'ANCE, per portare al centro della discussione il tema dei concessionari autostradali, concessionari quasi sempre per grazia di Dio o amicizie politiche, perché di gare se ne sono viste davvero pochine e di proroghe tante. Con evidenti violazioni della normativa europea che prevede l'impossibilità di appalti in house per chi ha ottenuto concessioni di pubblici servizi senza passare per confronti concorrenziali.

Saremo in grado di imporre regole e comportamenti che emarginino le imprese peggiori? Quelle che, sia a livello locale che nazionale, si fanno strada con le loro capacità corruttive o con legami stretti con il mondo della politica? Potremo ridare un ruolo a chi vuole operare con onestà in un libero mercato? Per essere estremamente chiari: non si tratta di fare i moralisti o i censori di questo o quel comportamento, bensì di difendere le condizioni minime di civiltà che permettano a chi vuole fare impresa in modo sano di non essere tagliato fuori dal mercato. Sicuramente dovremo dare il via ad una seria riforma dell'ANCE, un'associazione il cui peso va sfumando un po' per il minor peso del settore che rappresenta, ma anche perché stretta tra la pressione di Confindustria (che in accordo con le grandissime imprese vuole gestire direttamente le tematiche relative alle infrastrutture) ed un'organizzazione localistico-feudale, fondata su piccoli clan regionali, che alla fine ha allontanato le imprese in favore di burocrazie interne e professionisti della politica associativa.

Non sarebbe male pensare ad un'Associazione costituita dalle imprese organizzate in comitati di settore e di specializzazione, come ad esempio accade in Francia. Un'associazione degli imprenditori degna di questo nome deve difendere regole ed interessi legittimi, non mirare alla mera sopravvivenza dell'apparato, lucrando sulla formazione, spartendo incarichi nelle camere di commercio (veri enti inutili imposti come tassazione aggiuntiva per le aziende, ferocemente difesi dal sistema associativo contro gli interessi dei propri associati) o in corpi intermedi di dubbia utilità, o peggio ancora essere trampolino di lancio per carriere para-pubbliche.

Ma se gravi, gravissimi, sono stati i nostri errori, assai peggio è quanto si vede nella controparte, la Pubblica Amministrazione.

Con una corruzione generalizzata ed un'incapacità crescente a gestire qualsiasi sorta di commessa, a partire dalla progettazione – quasi sempre carente o malfatta – per finire con le direzioni lavori, i collaudi etc. Senza scomodare Dame Nere o grandi vecchi di vario genere, bastano gli esempi di quanto sta venendo alla luce a Roma sul tema delle manutenzioni stradali, dove il legame tra imprese al limite della malavita e funzionari corrotti diventa una sorta di labirinto inestricabile, che finisce col costringere anche chi vuole operare correttamente a sottostare ad un insieme che, se non mafioso in senso stretto, lo è dal punto di vista concreto. E chi non lo fa si deve trovare un'altra occupazione. Lo stesso riguarda larghi settori dell'urbanistica, dove gli "uffici" agiscono in perenne autotutela, negando diritti elementari degli imprenditori, rimpallandosi qualsiasi pratica in tempi biblici, tranne quando corre denaro indebito. O forse, volendo essere cattivi, in attesa di quello. Anche qui è difficile capire cosa si possa fare. Sicuramente, ed in questo il nuovo Codice degli Appalti apporta qualche novità positiva, ridurre i centri di spesa, metterli sotto controllo, verificarne passo passo l'attività. Insomma una sorta di stato di polizia permanente. Applicato però ad un Paese che, probabilmente, è cultural-

mente incapace di seguire la strada corretta. E che troverà i modi per anestetizzarla. Infine un'ultima considerazione, relativa al rating delle imprese. Vero: molte imprese vivono di contenzioso. Avendo spesso preso lavori a prezzi eccessivamente bassi cercano di recuperare facendo riserve. Vero anche, però, che spesso tali riserve sono fondate; e magari vengono anche riconosciute come tali dalla magistratura. E allora? Chi è il colpevole? Se abbassiamo il rating di chi fa riserve dobbiamo fare altrettanto con chi ha messo in appalto il lavoro; e magari cancellare, quando questo scende oltre certi limiti, la possibilità di svolgere quel compito. Nel caso del Comune di Roma, non sembri una battuta, vista la storica incapacità di venire a capo del problema delle buche, si potrebbe immaginare che il tutto possa essere rimesso ad una stazione appaltante di migliore qualità. Inoltre, e questo dovrebbe valere per tutti, si può pensare ad una qualificazione seria, con tanto di certificato antimafia e requisiti equivalenti a quelli richiesti alle imprese, per RUP e direttori dei lavori. In conclusione, volendo accettare la scommessa della discrezionalità, è necessario che la Pubblica Amministrazione sia soggetta ad un cambiamento profondo e radicale, che ne qualifichi le capacità e ne identifichi con chiarezza le responsabilità. ●



### **CODICE APPALTI 3 MARZO 2016 approvato dal Consiglio dei Ministri CONTENUTI, PROFILI POSITIVI E CRITICITÀ**

#### **A cura del servizio studi ANCE**

In attuazione della legge delega n. 11/2016 – per il recepimento delle nuove direttive UE in materia di appalti e concessioni – il Consiglio dei Ministri ha recentemente approvato, in via preliminare, lo schema del nuovo Codice degli Appalti. Il testo è stato già trasmesso alle commissioni parlamentari competenti per materia, per l'acquisizione del relativo parere, di carattere non vincolante; analogamente, dovrà essere trasmesso per l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato e della Conferenza Unificata Stato-Regioni. I principali punti della riforma sono sintetizzabili come segue.

#### **DECRETO LEGISLATIVO UNICO E LE LINEE GUIDA ANAC**

Il Governo, in conformità alle diverse opzioni previste dalla legge delega, ha scelto la strada dell'adozione di *un unico decreto legislativo entro il 18 aprile p.v.*

Il nuovo Codice, quindi, assicurerà, contemporaneamente, sia il corretto recepimento delle direttive UE, sia il riordino complessivo della normativa di settore, non essendo stata prevista l'adozione di un successivo decreto legislativo entro il 31 luglio p.v. La disciplina codicistica, diversamente da quella attuale, sarà "autoapplicativa", nel senso che non verrà adottato un nuovo Regolamento di esecuzione e attuazione del codice e quello attuale sarà abrogato.

Al suo posto, verranno emanate *Linee Guida ANAC*, con le quali sarà definita la disciplina di dettaglio su molteplici temi, tra i quali: la qualificazione, le procedure di gara sotto soglia comunitaria, la gestione dell'Albo dei Commissari, la qualificazione delle stazioni appaltanti, le modalità di verifica sul rispetto delle quote di affidamento a terzi da parte dei concessionari.

#### **Valutazione associativa**

*Sostanzialmente positiva*

*In linea con quanto auspicato dall'ANCE, appare positiva la previsione di un unico decreto legislativo. Tuttavia, la disciplina deve essere completa e garantire, per le parti non ancora disciplinate, un adeguato periodo "transitorio", per l'adattamento alla nuova disciplina. Al momento, ad esempio, sussiste un vuoto normativo in merito alla disciplina dei pagamenti, che non risulta inserita nel nuovo Codice, né elencata tra le previsioni previgenti operative in via transitoria.*



*L'introduzione di un sistema di "soft regulation" garantisce una più agevole e celere possibilità di aggiornamento della regolamentazione attuativa.*

*Tuttavia, è essenziale che le linee guida vengano adottate tempestivamente, in modo da garantire la necessaria completezza del quadro regolatorio, e, soprattutto, che abbiano carattere vincolante.*

#### **QUALIFICAZIONE IMPRESE – art. 84**

È stato reintrodotta l'esplicito riferimento al sistema SOA, quale meccanismo unico di qualificazione operante, di regola, al di sopra dei 150 mila euro.

Per gli appalti di importo superiore ai 20 milioni, è stata prevista una qualificazione rafforzata, introducendo la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere, in aggiunta alla SOA, due ulteriori requisiti, rappresentati da:

- parametri economici, certificati da società di revisione, che indichino in modo inequivocabile l'esposizione finanziaria dell'impresa al momento della gara;
- lavori analoghi, per entità e tipologia, a quelli oggetto di appalto.

Con linee guida ANAC, da adottare entro un anno, sarà disciplinato il sistema di qualificazione in coerenza con le nuove regole. Fino all'entrata in vigore di tali linee guida, si continua ad applicare, in quanto compatibile, il sistema di qualificazione previgente. Inoltre, viene prevista la possibilità che, entro un anno dall'adozione del Codice, un decreto ministeriale MIT/ANAC consenta, alle stazioni appaltanti più qualificate, di introdurre modalità di qualificazione alternative o sperimentali, al fine di migliorare l'effettività delle verifiche, e, quindi, la qualità e moralità degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema SOA.

#### **Valutazione associativa**

*Positivo il riferimento alla SOA per affidamenti sopra i 150 mila euro (e non sopra 1 milione di euro, come inizialmente previsto), in linea con quanto auspicato da ANCE.*

*Negativo il riferimento al possesso di lavori analoghi sopra i 20 milioni, che genera una restrizione del mercato e che, al più, andrebbe circoscritto agli appalti in cui la categoria prevalente sia un'opera altamente specializzata. L'applicazione, per la fase transitoria, delle disposizioni previgenti "in quanto compatibili" crea problemi interpretativi, da risolvere quanto prima in sede ANAC.*



Critica anche la possibilità che venga introdotta, a breve termine, una nuova modalità di qualificazione gestita da alcune stazioni appaltanti più strutturate, la cui natura "aggiuntiva" ovvero "sostitutiva" rispetto alla SOA non risulta chiara.

#### REQUISITI REPUTAZIONALI SOA – art. 84, co. 4

Vengono affidati alla valutazione delle SOA i requisiti reputazionali che terranno conto dei precedenti comportamentali dell'operatore, quali: il rispetto dei tempi e dei costi, nonché l'assenza di contenzioso, sia in sede di partecipazione alla gara sia in fase di esecuzione del contratto.

##### Valutazione associativa

Positiva la circostanza che il sistema di rating reputazionale sia affidato alla valutazione delle SOA, come ipotizzato da ANCE.

Negativo il riferimento all'assenza di contenzioso che appare un requisito di dubbia costituzionalità, laddove non limitato alle liti temerarie.

Occorrerà, inoltre, chiarire, in sede ANAC, che, in linea con la legge delega, i requisiti reputazionali devono avere carattere premiale, e non come condizione valevole ai fini dell'accesso alla qualificazione.

#### REQUISITI REPUTAZIONALI "GARA PER GARA"

##### art. 83, co. 10

Viene istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, un sistema di premialità e penalità connesso ad indici reputazionali, tra i quali assumono rilevanza gli accertamenti definitivi connessi al rispetto dei tempi e dei costi. In questo ambito, rientra anche la gestione di misure sanzionatorie nei casi di omessa o tardiva denuncia di richieste estorsive o corruttive da parte dell'impresa che concorre alla gara, dei subappaltatori e dei fornitori.

##### Valutazione associativa

Occorre chiarire che il riferimento al sistema reputazionale ANAC "gara per gara" non opera per i lavori, per i quali tale verifica viene effettuata in sede SOA; diversamente, si rischia di costituire una du-

plicazione di valutazione, con possibile disparità di trattamento. Inoltre, il riferimento al possibile carattere di "penalità" dei requisiti reputazionali appare in contrasto con la legge delega, essendo invece legato ai casi di omessa o tardiva denuncia di richieste estorsive o corruttive.

#### PROCEDURA NEGOZIATA FINO AD 1 MILIONE DI EURO art. 36, co. 2

Per gli appalti sotto 1 milione di euro, la procedura negoziata senza bando assume un carattere ordinario, rispetto alla normativa vigente, ferma restando la possibilità per le stazioni appaltanti di optare per procedure diverse. Gli operatori da invitare sono almeno 3, per affidamenti fino a 150.000 euro, e almeno 5, tra 150.000 euro ed 1 milione.

##### Valutazione associativa

Il numero minimo di candidati da invitare alla procedura negoziata dovrebbe essere almeno pari a 5, come indicato nella legge delega. Pertanto, il riferimento ai 3 invitati per appalti fino a 150.000 euro è fuori delega, così come, al di sopra di tale soglia e fino ad 1 milione, dovrebbe essere elevato almeno a 10 soggetti, in maggiore coerenza con la normativa attuale.

Ciò sia al fine di garantire un maggior livello di concorrenza, sia per rendere possibile l'eventuale applicazione del meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale che richiede la presentazione di almeno 10 offerte valide.

Inoltre, la legge delega qualifica la procedura negoziata senza bando come procedura eccezionale.

#### CRITERI DI AGGIUDICAZIONE – art. 95

Il criterio del massimo ribasso, con verifica di congruità delle offerte, può essere utilizzato solo per appalti al di sotto di 1 milione di euro. Non si fa, peraltro, cenno espresso al meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

L'offerta economicamente più vantaggiosa, basata sul miglior



rapporto qualità/prezzo, diventa in criterio di aggiudicazione preferenziale.

##### Valutazione associativa

##### Negativa

L'utilizzazione del prezzo più basso dovrebbe essere consentita almeno fino a 2,5 milioni di euro (o fino alla soglia comunitaria, laddove nell'appalto non vi sia carattere transfrontaliero) accompagnandola, però, con l'esclusione automatica delle offerte anomale, da applicare secondo il metodo antiturbativa ANCE. Fino a tale soglia di importo, infatti, gli appalti spesso non presentano quel carattere di complessità tecnica che costituisce il presupposto giustificativo per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, molto più complesso ed oneroso. Inoltre, il massimo ribasso senza esclusione automatica delle offerte anomale espone le stazioni appaltanti ad un aggravio procedimentale notevole – connesso alla verifica di congruità – oltre che ad un sicuro incremento della media dei ribassi.

Ciò appare tanto più rilevante ove si consideri che l'84% dei bandi di gara si colloca sotto 1 milione di euro.

#### CONCESSIONI AUTOSTRADALI – art. 177

In linea con la legge delega, viene ribadito l'obbligo per i titolari di concessioni affidate senza gara, di esternalizzare l'80 per cento dei contratti, pur continuandosi a prevedere un periodo transitorio di adeguamento non superiore a 24 mesi.

##### Valutazione associativa

Positiva, in linea con la posizione di compromesso ANCE.

#### CONTRATTI MISTI – art. 28

Viene ripristinata la previsione, presente nel Codice vigente, che precisa che, nei contratti misti di lavori, servizi e forniture, l'operatore economico deve possedere adeguati requisiti di qualificazione per ciascuna delle prestazioni oggetto del contratto, compresi i lavori, a prescindere dal relativo importo.

##### Valutazione associativa

##### Positiva

#### SUDDIVISIONE IN LOTTI – art. 51

È stato eliminato, a maggiore tutela delle PMI, il riferimento alla condizione che la suddivisione in lotti operi solo ove possibile ed economicamente e tecnicamente conveniente. La definizione di lotto funzionale fa riferimento, oltre che alla fattibilità tecnica della suddivisione, anche alla funzionalità e fruibilità delle singole parti dell'opera.

##### Valutazione associativa

##### Positiva

Permane, tuttavia, una criticità nella definizione di lotto funzionale. Infatti, il riferimento alla funzionalità e fruibilità delle singole parti limita l'attuazione del principio della suddivisione in lotti, escludendolo per alcune tipologie di opere, quali ad esempio quelle "a rete". Appare maggiormente in linea con le direttive UE (cons. n. 78 dir. 24/2014) lasciare alle stazioni appaltanti la valutazione, da effettuare sulla base del progetto, in merito alla percorribilità di una suddivisione quantitativa o qualitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI.



#### **AFFIDAMENTO IN HOUSE – art. 192**

In linea con la legge delega, che ha previsto un rafforzamento dei presupposti legittimanti il ricorso all'*in house*, viene introdotto l'obbligo per le stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato, anche in termini di maggiore economicità della scelta di affidare *in house*.

##### **Valutazione associativa**

Positiva, sostanzialmente in linea con istanze ANCE.

#### **SUBAPPALTO – art. 105**

Il ricorso al subappalto risulta, fatto salvo quanto si dirà oltre, liberalizzato; tuttavia, è rimesso alla valutazione della stazioni appaltanti se introdurre, gara per gara, limitazioni, prevedendole espressamente in bando.

L'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori opera per gli appalti sopra soglia comunitaria, ma la stazione appaltante ha la facoltà di prevedere ulteriori casi anche sotto soglia comunitaria. Il pagamento diretto del subappaltatore è stato modificato, riallineandolo in parte alla legge delega. In particolare, resta confermato il fatto che il pagamento è sempre diretto quando rivolto alle micro e piccole imprese o anche in caso di inadempimento dell'appaltatore; mentre su richiesta del subappaltatore, è diretto solo se la natura del contratto lo consente.

Permane, peraltro, il limite del 20% al ribasso praticabile al subappaltatore. Infine, viene ripristinato il divieto di subappalto oltre il 30% delle categorie cd "superspecializzate" d'importo superiore al 15% (con conseguente obbligo di ATI verticale), per le quali non è ammesso neanche l'avvalimento.

##### **Valutazione associativa**

Negativi l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori, che viene ampliato anche agli appalti sotto soglia, e il mantenimento del limite del 20% al ribasso praticabile sui prezzi del subappaltatore. Negativo il pagamento diretto dei subappaltatori non accompagnato dall'eliminazione della responsabilità solidale contributiva e retributiva. Negativa la reintroduzione del divieto di subappalto per le opere superspecializzate.

#### **RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER RISERVE – art. 108**

Si prevede la risoluzione del contratto in caso di iscrizione di riserve superiori al 15% dell'importo contrattuale.

##### **Valutazione associativa**

Negativa. Si tratta di una previsione di dubbia legittimità costituzionale, in quanto limita il diritto soggettivo dell'appaltatore di far valere pretese economiche legate all'esecuzione dell'appalto, che potrebbero peraltro dipendere anche da comportamenti illeciti dell'Amministrazione.

#### **SORTEGGIO COMMISSARI – art. 77**

Per gli appalti sopra soglia, viene previsto che l'ANAC individui una lista di componenti da un proprio Albo, che viene trasmessa alle stazioni appaltanti, all'interno della quale le stesse dovranno sorteggiare i commissari. È contemplata la possibilità di derogare alla regola dell'Albo dei commissari di gara per le procedure sotto soglia e per gli appalti privi di particolare complessità.

##### **Valutazione associativa**

Negativa. Il sorteggio dovrebbe essere effettuato dall'ANAC. Inol-

tre, le deroghe previste non sono in linea con la legge delega ed in controtendenza rispetto al "favor" del nuovo Codice verso una maggiore trasparenza e legalità.

#### **SOCCORSO ISTRUTTORIO – art. 83, co. 9**

Il soccorso istruttorio resta oneroso, ancorché, rispetto alla normativa vigente, risulti più contenuto l'ammontare della sanzione irrogabile.

##### **Valutazione associativa**

Negativa. Il carattere oneroso non appare in linea con la legge delega che, in ossequio alle direttive comunitarie, prevede la piena possibilità di integrazione documentale senza aggravii economici.

#### **FORCELLA – art. 91**

Viene esteso il meccanismo della forcella alle procedure ristrette di qualsiasi importo (oggi è fino a 40 milioni di euro).

##### **Valutazione associativa**

Occorre valutare se consentire alle stazioni appaltanti di restringere la platea di concorrenti potenzialmente qualificati per la gara.

#### **COSTI PUBBLICAZIONE BANDI – art. 73**

Permane la previsione per cui i costi della pubblicazione del bando sui quotidiani gravano sull'aggiudicatario.

##### **Valutazione associativa**

Negativa

#### **GARANZIE – art. 103 e 104**

Rispetto all'attuale Codice dei Contratti, non viene riproposta la riduzione del 50% della garanzia definitiva (resta per la sola cauzione provvisoria) in presenza della certificazione della qualità. Per gli affidamenti a contraente generale e, in via facoltativa, per appalti di sola esecuzione sopra i 100 milioni di euro, viene prevista una garanzia per gli "extra costi" superiore al 10% dell'importo del contratto.



##### **Valutazione associativa**

Negativa. Si crea un'inspiegabile disparità di trattamento rispetto alla cauzione definitiva, oltre ad un forte disincentivo per le imprese ad investire nella qualità. Peraltro, l'incremento di costo a carico dell'operatore finisce per scaricarsi sui prezzi offerti, incrementandoli, con diseconomia per il pubblico erario.

Infine, in relazione a contratti di considerevole importo (art. 104), la garanzia "extra costi" di importo pari al 10% del contratto va ridotta al 5% laddove non venga ripristinata l'abbassamento della cauzione definitiva in presenza di certificazione di qualità.

#### **ACCORDO BONARIO – art. 205**

Si prevede la possibilità di attivare l'accordo bonario laddove l'ammontare del contratto, per effetto delle riserve, possa variare tra il 5% e il 15%. Permane l'impossibilità di iscrivere riserve su aspetti progettuali validati.

##### **Valutazione associativa**

Positivo l'abbassamento della soglia di attivazione dal 10% (attuale) al 5%. Il limite massimo del 15% è parzialmente coerente con il meccanismo della risoluzione del contratto a fronte di riserve che superano tale percentuale, ancorché quest'ultima sia una facoltà.

Negativo il mantenimento della norma "taglia riserve" su aspetti progettuali.

#### **DEFINIZIONE DELLE PMI – art. 3, lett. a a**

Viene ampliata la definizione di MPMI, inserendo l'esplicito riferimento ai requisiti occupazionali e di fatturato di ciascuna tipologia. In precedenza, invece, i requisiti delle medie imprese (meno di 250 occupati e fatturato annuo non superiore a 50 milioni) erano genericamente riferiti a tutte le tipologie di impresa. Attualmente, le medie imprese sono identificate come quelle con meno di 50 occupati e fatturato non superiore a 10 milioni, mentre le microimprese come quelle che hanno meno di 10 occupati e fatturato non superiore a 2. (art. 3, lett. a a).



#### Valutazione associativa

Positiva. In linea con la richiesta ANCE

#### CERTIFICAZIONE LAVORI ALL'ESTERO

È stata soppressa la procedura per la certificazione dei lavori eseguiti all'estero da parte delle sedi estere del Ministero Affari Esteri. Conseguentemente, le SOA procederanno autonomamente anche alle verifiche necessarie per le certificazioni dei lavori eseguiti all'estero.

#### Valutazione associativa

Occorrerà operare per una puntuale regolamentazione in sede di stesura delle norme di soft law ANAC.

#### OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO

Il testo del nuovo Codice degli Appalti pubblici, approvato dal Consiglio dei Ministri e inviato al Parlamento, recepisce quasi per intero le richieste dell'ANCE in tema di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione.

In particolare, ferma restando la disciplina delle opere di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, alle quali trovano applicazione le procedure ordinarie di gara (art. 1, comma 2, lett. f), nell'ambito dell'art. 36, sono state inserite le norme richieste dall'ANCE e volte a confermare l'attuale regime di realizzazione delle opere a scomputo sotto soglia e cioè:

- applicazione, alle opere di urbanizzazione di importo inferiore alla soglia comunitaria, della procedura negoziata con invito rivolto ad almeno cinque soggetti (art. 36, comma 3);
- applicazione, alle opere di urbanizzazione primaria, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, dell'art. 16, comma 2-bis del Dpr 380/2001 "Testo Unico Edilizia" che prevede in questi casi l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire (art. 36, comma 4).

Non è stata accolta la proposta che ai fini del calcolo del valore delle opere di urbanizzazione a scomputo si faccia riferimento al permesso di costruire o al diverso titolo che

ne abilita la realizzazione a scomputo del contributo di costruzione.

#### OPERE CD. "EXTRASTANDARD"

Sono state inoltre recepite le richieste dell'ANCE relative all'art. 20 in tema di opere pubbliche realizzate a spese del privato che possono, ad esempio, essere individuate nelle opere cd. "extra-standard" previste dalla convenzione urbanistica e poste a carico del privato in base non alla normativa statale o regionale, ma ad un accordo negoziale con l'ente locale.

La disposizione riguarda tutti gli strumenti urbanistici, ma di fatto quelli di livello attuativo, e subordina l'esclusione dal regime pubblicistico di queste opere ad una serie di adempimenti posti in capo alla Pubblica Amministrazione anteriormente alla stipula della convenzione urbanistica che porta quindi alla precisa individuazione delle opere da realizzare (anche se è richiesto un progetto di fattibilità, cronoprogramma).

#### UTILIZZO DEL BIM

Una novità di particolare rilievo è contenuta nell'art. 23 del testo "Livelli di progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi". Infatti oltre che individuare le finalità della progettazione ed i tre livelli di approfondimento in cui è suddivisa, introduce l'uso di *metodi e strumenti per la modellazione elettronica* (più comunemente conosciuti con l'acronimo BIM). Tale introduzione, in linea con quanto auspicato dall'ANCE, avviene con modalità definibili di "graduale sperimentazione", vista la carenza di riferimenti procedurali e normativi applicabili e la limitata diffusione delle necessarie competenze tra i soggetti interessati.

Il comma 13 dell'articolo 23 stabilisce che le stazioni appaltanti possano richiedere l'uso di metodi e strumenti BIM a condizione che siano dotate di personale adeguatamente formato e che dispongano di idonei sistemi di monitoraggio.



In termini di indicazione non vincolante, si suggerisce di richiedere metodi BIM prioritariamente per i lavori "complessi", ovvero lavori che superano la soglia dei 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolari difficoltà in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, etc. È compito del Ministero delle infrastrutture di individuare, con decreto, i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà del BIM, sulla base delle tipologie di opere e relativi importi. Con l'impostazione data si dovrebbero evitare richieste di utilizzo del BIM in progettazione da parte di stazioni appaltanti non sufficientemente consapevoli delle implicazioni di tale scelta. Per facilitare la formazione tecnica tra i dipendenti, l'art. 32 stabilisce che nell'ambito della formazione obbligatoria, la stazione appaltante organizzi attività formativa specifica per tutti i dipendenti che hanno requisiti idonei al conferimento dell'incarico di RUP. Infine è presente un elemento di premialità, ai fini della qualificazione prevista all'art. 38, per la stazione appaltante che utilizza le metodologie BIM.

#### ASPETTI IN MATERIA DEL LAVORO

Si rileva l'accoglimento di molte delle istanze avanzate dall'ANCE. Si segnala, in particolare, l'introduzione all'art. 30, comma 4, della disposizione volta a prevedere, così come richiesto dall'ANCE, "l'applicazione al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni, del contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e prestatori di lavoro compa-

rativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelle il cui ambito sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto e svolto dall'impresa anche in maniera prevalente. Introdotto, inoltre, nell'ambito del medesimo articolo, il riferimento all'istituto dell'intervento sostitutivo della stazione appaltante sia in ambito retributivo che contributivo". È stato, altresì introdotto, all'art. 80 recante "motivi di esclusione", il riferimento alle cause ostative al rilascio del Durc secondo le normative vigenti, al fine di individuare le gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale, ferma restando la previsione della possibile regolarizzazione di tali inadempienze. Nell'ambito, poi, dell'art. 86 relativo ai "mezzi di prova", è stato inserito il riferimento al Durc rilasciato dagli Istituti previdenziali, quale attestazione in merito ai contributi previdenziali e assistenziali, sebbene manchi il riferimento all'acquisizione d'ufficio da parte della stazione appaltante nonché lo specifico riferimento al rilascio dello stesso da parte delle Casse Edili per le imprese del settore.

Inoltre, nell'ambito delle disposizioni sul subappalto (art. 105) è stato introdotto il rinvio alla responsabilità solidale di cui all'art. 29 del D.Lgs n. 276/2003 e specificato l'obbligo di osservanza integrale del trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. Previsto, altresì, il rimando, nell'ambito del suddetto articolo, alla congruità della incidenza della manodopera che, per i lavori edili, è verificata dalla Cassa Edile in base all'accordo assunto tra le parti sociali nazionali dell'edilizia (firmatarie del CCNL edile) e il



Ministero del Lavoro. Tale verifica, per i lavori edili, è effettuata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato. Anche in tal caso occorrerà, comunque, armonizzare, attraverso le linee guida, la disposizione con l'attuale normativa sul Durc on line che non prevede più la regolarità sul cantiere. Ciò premesso, si ritiene comunque fondamentale introdurre, in sede di esame parlamentare o ai fini dell'elaborazione delle Linee guida da parte dell'ANAC, anche le seguenti istanze:

- specificare, con riferimento all'art. 30, co. 5 che, in caso di intervento sostitutivo della stazione appaltante per le inadempienze contributive del subappaltatore, tale intervento avvenga fino alla concorrenza del debito che l'appaltatore ha nei confronti del subappaltatore e che comunque, una volta avvenuto, svincoli il pagamento nei confronti dell'appaltatore;
- prevedere, all'art. 32, comma 7, che per l'aggiudicazione definitiva efficace in ogni caso la stazione appaltante debba verificare la regolarità dell'aggiudicatario attraverso l'acquisizione d'ufficio del Durc in corso di validità;
- specificare in modo chiaro il riferimento all'applicazione dei contratti collettivi di settore da parte della stazione appaltante, nell'ambito dei bandi di gara riproponendo, all'art. 50, comma 2, la disposizione attualmente contenuta all'art. 30, co. 4, secondo la quale: "Al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale

e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente";

- prevedere l'inserimento, nell'ambito della disposizione sui criteri di selezione (art. 83, co. 10), anche del sistema di asseverazione delle imprese previsto dall'attuale T.U. sulla sicurezza, al fine di valorizzare l'organizzazione degli operatori economici esecutori degli appalti;
- indicare, con riferimento al costo del personale di cui all'art. 97, comma 2 lett. h), che non può essere inferiore ai minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva, il rimando alle vigenti tabelle ministeriali. Occorre, comunque, chiarire che il costo del personale è da considerarsi complessivo di oneri contributivi e assistenziali;
- specificare, con riferimento all'art. 105, che l'ambito della responsabilità solidale dell'aggiudicatario opera nei confronti dei soli dipendenti impiegati per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto.

#### ASPETTI FISCALI

Dall'esame del testo trasmesso, in materia fiscale si rileva quanto segue.

#### Art. 80 (Motivi di esclusione)

- al comma 3, è stata accolta, secondo le nostre indicazioni, la definizione di "violazioni definitivamente accertate" (che escludono dalla partecipazione alla gara l'operatore economico), intendendosi per tali "quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione";

- al comma 5, non è stata accolta la nostra osservazione sulla possibilità di esclusione dalla gara di un'impresa partecipante, in qualsiasi momento nel corso della procedura, per atti (anche in materia fiscale) posti in essere prima o nel corso della procedura stessa.

Sul tema avevamo espresso riserve sugli effetti di un'estensione dell'ambito applicativo delle "cause di esclusione" anche ad un momento successivo all'ammissione alla procedura. Tale facoltà rimessa alle stazioni appaltanti, per l'intera durata della procedura stessa, potrebbe non favorire quelle imprese che "medio tempore" si trovano a fare i conti con una pretesa tributaria divenuta definitiva nel corso della gara.

#### Art. 86 (Mezzi di prova)

- al comma 2 non sono state accolte le modifiche emendative proposte in materia di adempimenti volti all'attestazione della "regolarità fiscale" dell'impresa concorrente ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

In un'ottica di semplificazione, la nostra proposta emendativa era, invece, tesa al mantenimento del regime attualmente in vigore, in base al quale è la stessa impresa interessata a dover attestare la propria "regolarità fiscale", presentando alla Stazione appaltante una dichiarazione sostitutiva, resa in conformità alle disposizioni contenute nel D.P.R. 445/2000 (art. 38, co. 2, D.Lgs. 163/2006) e non già, come previsto nella bozza di provvedimento in esame, tramite apposita certificazione da richiedere all'amministrazione fiscale competente.

#### SALUTE E SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO

Con riferimento alla materia della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro si fa presente che la bozza del nuovo Codice degli Appalti pubblici, uscita dal Consiglio dei Ministri in data 3 marzo, ha dato, su richiesta di ANCE, sistematicità ed omogeneità alle norme,



raccordando alcune disposizioni contenute nel medesimo testo con quelle del Decreto Legislativo 9 aprile 2008, n. 81, nel seguito Testo unico Sicurezza.

La questione inerente gli "oneri aziendali della sicurezza" è un esempio di questo necessario coordinamento, poiché individua un insieme di adempimenti i cui contenuti devono determinarsi in forza della contemporanea lettura delle diverse fonti, ossia il Codice degli Appalti ed il Testo unico Sicurezza.

Nel testo, su richiesta di ANCE, è stata sostituita, in diversi articoli, la parola *oneri* con il termine *costi*. La modifica, apparentemente formale, è invece di natura sostanziale: è stato finalmente chiarito che con la parola *costi* si intendono quelli quantificati direttamente dalla stazione appaltante nel bando di gara, con indicazione di non assoggettabilità al ribasso d'asta, secondo quanto riportato al punto 4 dell'allegato XV del Testo Unico Sicurezza. Con la parola *oneri* si intendono invece quelli che l'impresa deve sostenere per la gestione del rischio aziendale, a prescindere dall'esecuzione dei singoli contratti d'appalto; riguardano adempimenti obbligatori in virtù della normativa vigente (spesso vengono definiti, in dottrina e giurisprudenza, anche *costi ex lege*, *costi propri*, *costi da rischio specifico dell'impresa*).

Fino ad oggi i termini "oneri" e "costi" venivano utilizzati indistintamente, generando spesso confusione, soprattutto nell'applicazione delle relative disposizioni. Il nuovo Codice degli Appalti fa chiarezza in tal senso, attraverso le disposizioni contenute negli articoli 1, comma 2, lettera f), 80, comma 5, lettera a), 97, comma 2, lettera g), 105, comma 14.

Dalla lettura del testo emerge che il legislatore ha recepito il principio, già riportato nel Decreto Legislativo n. 163/2006, secondo cui, tra le cause di esclusione, degli operatori economici, dalla partecipazione a una procedura d'appalto, è necessario considerare le gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro.



Tra gli emendamenti non recepiti va evidenziata la proposta di modifica della norma che disciplina l'indicazione da parte degli operatori economici dei propri oneri aziendali in sede di offerta economica. Nell'attuale bozza non si evince che la congruità degli oneri aziendali della sicurezza costituisce un elemento di verifica nell'ambito della valutazione dell'anomalia dell'offerta. Tale proposta di emendamento, se vi sarà la possibilità, verrà ripresentata.

Si evidenzia che non sono state inserite le proposte di emendamento relative all'inserimento di articoli aggiuntivi sui piani di sicurezza e coordinamento e sulla relativa stima dei costi. Tali aspetti non sono disciplinati nel Testo unico Sicurezza e il mancato inserimento degli articoli nel nuovo Codice Appalti comporterebbe la perdita di importanti previsioni legislative. In particolare si segnalano le seguenti proposte:

- inserimento di un articolo necessario a salvaguardare alcuni concetti espressi dal D. Lgs. n. 163/2006, concernenti i documenti della sicurezza del cantiere, anche al fine di coordinarli con quanto stabilito dal Testo unico Sicurezza. Inoltre con l'inserimento del nuovo articolo si salvaguarderebbe il principio secondo il quale i costi della sicurezza, derivanti dal piano di sicurezza e coordinamento, non sono soggetti a ribasso d'asta;
- inserimento di un articolo atto a reintegrare le previsioni contenute nel D. Lgs. n.163/2006 che stabiliscono che, entro trenta giorni dall'aggiudicazione, e comunque prima della consegna dei lavori l'appaltatore possa presentare proposte integrative del piano di sicurezza e di coordinamento quando quest'ultimo sia previsto ai sensi del Testo unico Sicurezza e rediga, un piano di sicurezza sostitutivo del piano di sicurezza e di coordinamento quando quest'ultimo non sia previsto ai sensi del Testo Unico Sicurezza medesimo;
- inserimento di un articolo volto a valorizzare la pianificazione della sicurezza e la relativa stima dei costi sin dalla fase di progettazione dell'opera.

Le suddette proposte di emendamento, se vi sarà la possibilità, dovranno essere ripresentate.

### CONCESSIONI E FINANZA DI PROGETTO

Lo Schema di Decreto Legislativo relativo al nuovo Codice degli Appalti, in attuazione dei criteri specifici dettati dalla Legge delega 28 gennaio 2016 n. 11, disciplina in modo unitario le concessioni di lavori, servizi e forniture, ponendo l'accento, in particolare, sul concetto di "rischio operativo", inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda e su quello dell'offerta e che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati o i costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi. Tale rischio, che deve essere sempre allocato in capo al soggetto concessionario, rappresenta l'elemento distintivo dell'istituto giuridico della concessione rispetto a quello dell'appalto. Rispetto ai profili sui quali l'ANCE è intervenuta, si rileva quanto segue:

#### Art. 165 (Concessioni)

- Al comma 3, in tema di bancabilità, risulta inserito un *periodo di 12 mesi entro il quale deve essere perfezionato il contratto di finanziamento pena la risoluzione del contratto di concessione*. La modifica appare positiva rispetto alle prime bozze circolate che prevedevano la contestuale sottoscrizione del contratto di concessione e il perfezionamento del contratto di finanziamento. La definizione del contratto di finanziamento presuppone, infatti, un quadro di certezze amministrative e/o progettuali che non è possibile garantire al momento della stipula del contratto di concessione.

Si fa notare che nella normativa vigente (comma 3-quater dell'art. 144 del D.Lgs 163/2006) la sottoscrizione del contratto di finanziamento deve avvenire entro un termine massimo di 24 mesi dalla data di approvazione del progetto definitivo, pena la risoluzione



del contratto. Nella bozza in commento, tale disposizione risulta presente, al comma 5 dell'art. 165, esclusivamente per la sottoscrizione o collocamento delle obbligazioni di progetto. In caso di risoluzione del contratto resta il mancato rimborso dei costi sostenuti dal concessionario per la fase di progettazione. Risultano, invece, confermate, come da richiesta ANCE, le norme attualmente in vigore all'art. 144 commi 3-bis, 3-ter del D.Lgs 163/2006, relative a misure volte a favorire la bancabilità delle operazioni.

#### Art. 183 (Finanza di progetto)

- Il comma 15 ristabilisce, come da richiesta ANCE, il *diritto di prelazione nella procedura di presentazione di proposte di investimento per interventi non inseriti nella programmazione delle Amministrazioni Pubbliche (ex comma 19)*.

In questo modo risultano ripristinate le condizioni per la funzionalità della procedura di presentazione di proposte di investimento per interventi non inseriti nella programmazione delle Amministrazioni Pubbliche.

#### Art. 184 (Società di progetto)

- Al comma 3, è stata accolta la richiesta ANCE di eliminare l'obbligo per i soci qualificanti di permanenza alla SPV per dieci anni dalla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Infatti, costringere il socio che ha garantito la qualifica necessaria alla realizzazione dell'opera a sopportare anche il

rischio di gestione appare del tutto contrario alla logica propria del PPP, che dovrebbe orientare il rischio verso il soggetto maggiormente in grado di gestirlo.

### GARANZIE

La disciplina prevista in tema di garanzie per la partecipazione alla procedura (art. 93) e di garanzie per l'esecuzione (art. 103) ricalca quanto previsto nella normativa vigente. Tuttavia, nella garanzia definitiva si segnala la cancellazione, rispetto all'attuale regime, della riduzione del 50% dell'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, a vantaggio degli operatori economici dotati della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, che permane, invece, per la garanzia provvisoria.

Si evidenzia, inoltre, la previsione per la garanzia provvisoria nei contratti di lavori, servizi e forniture di ulteriori riduzioni, anche cumulabili con la riduzione sopraportata, a favore di imprese dotate di ulteriori certificazioni relative all'efficienza ambientale (EMAS, UNI EN ISO 14001, UNI EN ISO 14061-1, UNI ISO/TS 14067).

Si tratta, presumibilmente, di un errore nella formulazione, dal momento che tale agevolazione tende a garantire principalmente la corretta esecuzione del contratto, attraverso l'intervento di imprese dotate di certificazioni di qualità.

Peraltro, come detto, tale riduzione continua ad essere prevista per la garanzia provvisoria, che cessa i suoi effetti con la sot-

toscrizione del contratto, mentre le certificazioni ricordate riguardano, più propriamente, la successiva fase di esecuzione. In considerazione dei rilevanti aumenti dei costi assicurativi che tale disposizione comporterebbe per le imprese, *appare necessario un intervento dell'ANCE affinché le percentuali di riduzione dell'importo della garanzia, previste all'art. 93, comma 7, vengano estese anche alle garanzie per l'esecuzione e a quelle relative ai lavori di particolare valore.*

All'art. 104, lo schema di D.Lgs prevede una nuova disciplina per le garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore, che sostituisce la cosiddetta "garanzia globale" di esecuzione, prevista nella normativa vigente (art. 113 del D.Lgs 163/2006). Per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare e per gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro, la norma prevede due diverse garanzie, rilasciate contestualmente:

**1. la cauzione definitiva**, pari al 5% dell'importo contrattuale, che permane fino alla conclusione dell'opera senza possibilità di svincolo, e copre gli eventuali inadempimenti di tutte le obbligazioni del contratto;

**2. la cauzione extracosti**, di natura accessoria, pari al 5% dell'importo contrattuale per un valore massimo del contratto di 100 milioni di euro, opera nei casi di risoluzione del contratto e copre il costo del nuovo affidamento in tutti i casi in cui l'affidatario viene meno e il maggior costo che viene praticato dal subentrante.

La disciplina, che dovrebbe consentire di superare le criticità riscontrate in questi anni nell'applicazione della garanzia globale di esecuzione, appare però eccessivamente onerosa per le imprese. *Sarebbe opportuno estendere le percentuali di riduzione dell'importo della garanzia, previste all'art. 93, comma 7, anche a questa fattispecie.* •

## Il ruolo dell'ANAC è super partes

di **Raffaele Cantone** Presidente ANAC

Per avere le linee guida ci vorranno dei mesi. È auspicabile che ci sia un periodo transitorio nel passaggio dal vecchio Regolamento al nuovo

Questo Codice degli Appalti ogni giorno che lo leggiamo ci dà tanti spunti di riflessione. Ma mi accorgo che – ed è un atteggiamento tipico italiano – stiamo passando dal grande entusiasmo alla grande depressione e paura; io dico calma.

Se l'entusiasmo iniziale forse non era giustificato, la depressione lo è ancora di meno. C'è chi già parla del rischio di fallimento del nuovo Codice, ma se ciò succedesse sarebbe una catastrofe maggiore e tutti sappiamo a quali conseguenze potremmo andare incontro.

Invito ad un attimo di riflessione; ci sarà un periodo transitorio complicato poiché questo Codice presenta delle scelte innovative che tutti abbiamo voluto, dalle stazioni appaltanti alle commissioni di gara nominate dall'esterno fino all'offerta economicamente più vantaggiosa e al rating delle imprese.

Sfido a dire chi era contrario alle novità della riforma che richiede un minimo di tempo per la sua applicazione.

Dobbiamo darci una scadenza fisiologica per capire se il Codice funziona. La legge delega infatti prevede che entro un anno una serie di norme possano essere modificate. Le più grandi novità hanno bisogno di tempi fisiologici per essere operative, e non solo di tre o quattro mesi, per capire se la loro applicazione funziona oppure bisogna portare dei correttivi.

Gli interventi di *soft law* vanno confrontati con chi materialmente applica queste norme e le usa tutti i giorni, vanno condivisi altrimenti cosa cambia rispetto al Regolamento?



Noi come ANAC chiediamo che ci sia una brevissima norma transitoria che lasci in vigore il Regolamento fino a che non ci saranno le linee guida di carattere generale.

Le stesse linee guida sono una grande novità, ma hanno un senso se si possono fare dopo aver letto il Codice. Il paradosso ora è quello di dover emettere le stesse in base ad un testo che non è ancora definitivo.

Queste linee devono essere attuative del Codice. Su quale testo devono essere fatte? Su un testo che nemmeno noi conosciamo, poiché si deve aspettare il 16 aprile e il nuovo Consiglio dei Ministri.

Il Codice scommette sul nuovo ruolo di regolazione e sui nuovi poteri di vigilanza e intervento.

Credo che ci siano tre diverse linee guida con differente impatto. Quelle di carattere generale che sostituiscono il Regolamento che vanno adottate dal Ministro delle Infrastrutture, su nostra proposta, e che sono vincolanti, di carattere normativo, e penso vadano sottoposte anche al parere del Consiglio di Stato: è una garanzia per tutti; è utile, poiché il dubbio sul carattere normativo di queste linee impone un minimo di cautela.

È fondamentale che siano anche discusse con gli operatori; è nell'interesse di tutti.

Poi c'è una seconda tipologia di linee guida, quelle previste dalle tante norme disseminate nel Codice che prevedono l'attuazione di istituti vari attraverso indicazioni dell'ANAC. Sono linee fondamentali emesse dall'ANAC e sottoposte naturalmente a confronto con gli *stakeholders*.

Entro l'estate proveremo ad emetterne il numero più significativo possibile, e credo che il carattere cogente per alcune di esse dovrà essere determinante.

Occorrono però sicuramente tempi più lunghi per la loro emanazione rispetto alle prime.

Poi ci sono le terze linee guida, quelle previste dal 213 che riguardano tutte le altre materie non comprese nelle linee generali. È giusto che siano indicazioni di massima – le vecchie linee guida della ex AVCP – che siano più che autoritarie semmai autorevoli e non vincolanti.

Sul rating di legalità il testo non è molto chiaro, lascia delle perplessità. L'art. 83 prevede che nell'ANAC sia creato un sistema di qualificazione delle imprese ma l'art. 84 prescrive che la qualificazione sia rilasciata dalle SOA e poi nell'art. 213 si dichiara espressamente che l'ANAC partecipi al rating rilasciato dall'Antitrust: ma quanti rating ci sono?

Ce ne deve essere uno solo che valga negli appalti!

Quello dell'Antitrust non ha nessuna rilevanza negli appalti e bisogna rilevare con precisione chi lo rilascia e come. Se per esempio spetta all'ANAC il compito di redigere linee guida e il rating lo rilasciano le SOA.

Su questo punto qualche perplessità ce l'ho. Le SOA si possono tenere per il carattere tecnico e basta, nel loro stesso interesse per alcune discrezionalità che ci possono essere nelle offerte economicamente più vantaggiose.

Da parte del Parlamento ci dovrà essere chiarezza al riguardo. •

*Intervento al seminario ANCE del 30 marzo 2016*



# Pronti a cambiare il Codice in corso d'opera

Il settore degli Appalti è molto delicato e viene da anni di "malattia"

di **Graziano Delrio**

Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti



**N**on si può percorrere l'ultimo miglio senza dover ricordare da dove siamo partiti e l'importanza del Codice degli Appalti, che ha avuto molti "padri".

Sono sostenitore dell'idea che le cose che funzionano non vanno toccate; ecco qui, su questa materia le cose non funzionano.

Quando ero a Palazzo Chigi ho fatto fare una indagine.

È emerso che in media occorrono 14 anni per realizzare un'opera di importo superiore a 100 milioni di euro, con 7/8 anni necessari per la progettazione, con il 39% di tempi morti.

Il Codice va a recepire delle direttive europee che costringono l'Italia ad adeguarsi ad una nuova regolazione molto diversa da quale adottata dal nostro Paese fino a oggi.

Il valore sta nella discrezionalità (la direttiva europea lo dice chiaramente), amministrare significa scegliere il modo e la tecnica più opportuni per realizzare le opere di cui la comunità ha bisogno.

Quindi la discrezionalità della stazione appaltante non è una nostra invenzione.

Certo non possiamo dire da un lato che il Codice ha il pregio di ridurre il contenzioso e poi creare un contenzioso nei tre mesi di regime transitorio; su questo aspetto occor-

re moltissima cautela e attenzione. Il Governo ha voluto avviare una discussione sul tema e se l'ANAC ha bisogno di qualche mese in più per emanare le linee guida per noi non c'è problema.

Siamo passati da 660 articoli del *corpus iuri* che c'era prima per riprodurlo in poco più di 200 articoli.

Abbiamo voluto utilizzare una semplificazione massima, e guardando alla reale condizione dell'Italia vediamo che ci sono migliaia di stazioni appaltanti e i ricorsi si inseriscono addirittura prima ancora che cominci l'opera.

Riscontriamo una difficoltà a realizzare le opere pubbliche più di tanti altri Paesi europei mettendo a gara i progetti preliminari. Ora basta.

Il Codice fa in modo che l'Italia accolga le direttive europee e si adegui ad esse.

Qual'è l'obiettivo che abbiamo?

Dobbiamo far ripartire gli investimenti pubblici, abolire il patto di stabilità e condannare gli abusi e la corruzione che si è annidata nei lavori pubblici a causa della mancanza di trasparenza.

La centralità del progetto è importante per questo vogliamo sostenere la progettazione.



Anche l'opinione pubblica deve capire quello di cui stiamo parlando.

Certo, bisogna riconoscerlo, ci sono dei problemi ancora aperti.

Il Codice recepisce la legge delega, ma sono ancora da chiarire le disposizioni legislative sulle garanzie e sul tema del subappalto. Vediamo con il Parlamento come ragionarci.

La scelta è quella di abbandonare la gara al massimo ribasso che aveva portato problemi seri.

Su tutto si può discutere, ne possiamo parlare.

Io sono per un sistema semplice con regole che ci dicano come fare il lavoro con delle linee guida.

In questi anni abbiamo visto il proliferare del contenzioso con un regolamento dettagliato, ora andiamo oltre. Tutti devono sapere cosa devono fare.

Occorrono coraggio e prudenza; infatti ci siamo dati un anno di tempo ulteriore per continuare a lavorarci.

Quello che scriviamo oggi sarebbe illusorio pensare di non cambiarlo, nell'ottica della ripresa del mercato delle opere pubbliche.

Un anno fa vedevo due grandi limiti all'orizzonte. Quando siamo arrivati ai Ministero di Porta Pia abbiamo trovato una frammentazione delle regole non in linea con l'Europa e l'assenza di pianificazione.

Noi avevamo l'ANAS – principale stazione appaltante – che programmava solo di anno in anno (fino ad aprile dello scorso anno). Oggi abbiamo messo 6,7 miliardi in più per una programmazione pluriennale per lavorare anche sulle progettazioni.

Quante volte ci siamo riempiti la bocca e le pagine di giornali di annunci di opere che erano imminenti ed indispensabili, e dopo 15-20 anni le stesse sono ancora in discussione.

Di alcune opere sono 30 anni che se ne parla.

Il quadro sta cambiando. Mi appello ai costruttori italiani: giocate con noi questa scommessa, perché focalizzandoci su casa e costruzioni, ci adeguiamo all'Europa, e un po' di Europa ci fa bene. Questo Codice sarà una risorsa e non un problema, ma siamo pronti a modifiche in corso d'opera. •

*Intervento al seminario ANCE del 30 marzo 2016*

# I Contratti Pubblici sono la leva della nostra politica economica

di **Arturo Cancrini**

Studio Legale Cancrini e Partners – Roma

Il benessere collettivo deve restare l'obiettivo di qualsiasi intervento legislativo. La normativa sugli Appalti è complessa e lascia ancora delle questioni irrisolte



In data 28 marzo del 2014 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il cd. pacchetto legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni. Tali provvedimenti, entrati in vigore in data 17 aprile 2014 (il ventesimo giorno successivo alla data di pubblicazione), dovranno essere recepiti dai singoli Stati membri entro i 24 mesi successivi (quindi, entro il 18 aprile 2016).

Tra gli obiettivi della nuova disciplina si rinviene, in primo luogo, la generale qualificazione dei contratti pubblici come strumento fondamentale per la crescita europea secondo quei canoni di inclusività, efficienza e sostenibilità propri della strategia europea per il 2020.

In tale contesto, l'intera normativa è stata aggiornata nell'ottica di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando, in particolare, l'accesso al mercato degli appalti per le piccole e medie imprese.

In secondo luogo, dalla lettura della novella legislativa, emerge il favor del legislatore comunitario in ordine alla semplificazione e alla flessibilità delle procedure concorsuali in una prospettiva volta a rendere compatibili le esigenze concor-

renziali con l'innovazione e la promozione di nuove tecnologie. In questa direzione si muovono le nuove disposizioni in materia di criteri di aggiudicazione e di procedure di scelta dei contraenti che, ampliando la fase delle negoziazioni, incentivano una competitività "costruttiva" in cui gli operatori economici si confrontano non solo sui profili prettamente economici dell'opera pubblica, bensì anche sui superiori valori sociali, ambientali e del lavoro.

Anche l'incremento delle varianti in fase di aggiudicazione si innesta nella medesima prospettiva, laddove costituisce un importante fattore incentivante tanto della concorrenza quanto dell'innovazione e dello sviluppo di strumenti "alternativi" nella realizzazione dei contratti di opere pubbliche.

In terzo luogo, si segnala il conseguente incremento della discrezionalità delle amministrazioni in ordine alla scelta dei concorrenti aggiudicatari, che, se da un lato potrebbe mettere a rischio l'imparzialità e la neutralità delle procedure, dall'altro lato trova idonei contrappesi nella previsione di criteri oggettivi e ben delimitati tesi a veicolare tale potere discrezionale.

Pertanto, può ritenersi, in via generale, che il perno attorno al quale ruota l'intera disciplina risieda nella identificazione del mercato degli appalti pubblici quale "luogo strategico" e quale "strumento" in cui le esigenze di efficienza economica si completano al confronto con i valori sociali e il benessere collettivo.

#### La legislazione nazionale, fra passato e presente

I contratti pubblici rappresentano il grosso della spesa nazionale e:

- costituiscono la leva più rilevante della politica economica del Paese;
- sono aree sensibili a rischi di pratiche corruttive.

A livello europeo sono visti nell'ottica della tutela della concorrenza e del mercato; in Italia, dopo la Legge n. 109/94, il Codice di cui al D.Lgs. n. 163/2006 è stato modificato, tuttavia, da ben 52 atti normativi e da sei Regolamenti Comunitari. In quest'ottica, si pensi che ciò ha comportato una grave incertezza applicativa ed un aumento del contenzioso: si consideri che la sola Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha reso 48 pronunce a partire dal 2011, dopo l'entrata in vigore del Codice. Oggi occorre recepire le Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014.

Il quadro normativo attuale si compone di 630 articoli, fra Codice e regolamento del 2010, e 37 allegati, ai quali vanno ad aggiungersi normative statali settoriali (appalti nella difesa, beni culturali) e norme sparse (legge di contabilità di Stato per i contratti di locazione, le cessioni ed altro), norme regionali (avuto riguardo alla competenza delle Regioni secondo le indicazioni della Corte Costituzionale).

Sul piano soggettivo il Paese è composto da circa 32 mila stazioni appaltanti con quattro tipologie di giudice competenti: amministrativo (gara), civile (contratto ed esecuzione), contabile (responsabilità dei soggetti pubblici), penale (illeciti perpetrati in gara e durante il contratto).

Le tre nuove Direttive hanno lo scopo di:

- rendere efficiente l'uso dei fondi pubblici;
- garantire la dimensione europea del mercato;
- fare degli appalti strumento di politica economica;
- promuovere la lotta alla corruzione.

Per raggiungere questi scopi le nuove Direttive propongono le seguenti novità:

- disciplina delle concessioni più dettagliata;
- Introduzione di nuovi strumenti di aggiudicazione, quali il

partenariato per l'innovazione e il più ampio impiego del dialogo competitivo;

- Introduzione di strumenti elettronici di aggiudicazione e nella formazione dei progetti (ad es. il BIM);
- Utilizzo di forme di comunicazione elettronica;
- Centralizzazione della Committenza pubblica;
- Preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quindi totale inversione rispetto alla legge nazionale che ai tempi della L. n. 109/94 aveva fissato la preferibilità obbligata del prezzo più basso;
- Suddivisione in lotti, e motivazione di forme aggregate della commessa;
- Spazio alla sostenibilità ambientale;
- Tutela dei subappaltatori;
- Introduzione del Documento unico europeo di gara;
- Nuova disciplina sui conflitti di interesse;
- Risoluzione dell'appalto per gravi violazioni commesse in gara.

La Legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11 persegue non solo l'obiettivo del recepimento delle nuove Direttive, ma anche quello del riordino dell'intera materia nell'ottica della semplificazione, della prevenzione della corruzione e della tutela ambientale.

Si tratta di una delega "lunga": ben 71 principi di delega, contro i 4 della L. n. 62/2005.

Essa si compone dei seguenti principi:

- Trasparenza, digitalizzazione e accessibilità piena degli atti, ai sensi anche del cd. Accesso civico (art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013);
- Centralizzazione obbligatoria della Committenza pubblica;
- Qualificazione obbligatoria delle stazioni appaltanti;
- Istituzione dell'Albo dei Commissari di gara presso l'ANAC;
- Separazione tendenziale tra progettazione ed esecuzione, con conseguente limitazione sostanziale dell'appalto integrato;
- Regole specifiche per alcune tipologie di appalto: tutela del patrimonio artistico, servizi sociali e di ristorazione, appalti per la Protezione Civile;
- Rating di legalità e criteri reputazionali delle imprese;
- Conti correnti dedicati (CIG, ex lege n. 136/2010);
- Soccorso istruttorio essenziale non più oneroso;
- Limitazioni ai poteri del contraente generale (impossibilità che nomini RUP e DL);
- Superamento della Legge obiettivo;
- Introduzione della concorrenza nelle concessioni, specialmente dell'obbligo di appaltare a terzi nella percentuale



dell'80%, seguendo le regole dell'evidenza pubblica dettate dal Codice;

- Introduzione del dibattito pubblico per assicurare la partecipazione della collettività nelle scelte delle grandi opere, anche urbane;
- Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- Rafforzamento dell'ANAC che assume un ruolo tale da divenire il regolatore del mercato degli appalti pubblici.

Per il raggiungimento di tali obiettivi si è ipotizzato:

- Un Codice snello, accompagnato da linee guida ANAC ed altri decreti ministeriali attuativi di natura regolamentare;
- Una maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti attraverso la loro riduzione numerica e la loro qualificazione;
- La suddivisione in lotti funzionali di minore importo per salvaguardare la piccola e media imprenditoria.

Il Governo ha scelto di verificare al 18 aprile il recepimento e il riordino.

Il Consiglio di Stato nel parere reso il 31 marzo scorso ha contestato dappprincipio il nome "codice degli appalti pubblici e delle concessioni" (anche le concessioni sono opere pubbliche); inoltre gli appalti non contengono i contratti attivi (locazioni, concessioni demaniali, concessioni di denaro pubblico).

Inoltre, ha ritenuto che il sistema con tanti atti attuativi anziché

un regolamento è comunque un sistema innovativo, sempre che fatte confluire in un articolo del Codice le Linee guida ANAC, fissando un termine per la loro emanazione e specificandone oggetto ed efficacia giuridica. Inoltre, occorrerebbe una disciplina della fase transitoria in base al principio della cedevolezza dell'abrogazione delle disposizioni del regolamento sino al momento in cui la fonte sostitutiva entrerà in vigore. Si possono identificare tre diverse tipologie di atti attuativi:

- I decreti del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti su proposta dell'ANAC;
- Le Delibere ANAC vincolanti;
- Le Delibere ANAC non vincolanti.

Secondo il Consiglio di Stato si tratta di atti legittimi perché ricorribili.

Sempre il Consiglio ritiene che sia necessaria una riflessione sui seguenti istituti:

- Ambito di applicazione;
- Contratti esclusi e affidamento sotto la soglia comunitaria;
- Centralizzazione della Committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti;
- Requisiti morali ex art. 80 del nuovo codice;
- Separazione fra progettazione ed esecuzione;
- Dibattito pubblico;
- Appalti della Protezione Civile;
- Appalti nei settori speciali, per i quali sembra occorra maggior rigore;

- Concessioni;
- Affidamenti in house;
- Reintroduzione nella disciplina del subappalto il limite del 30%.

In generale è stato affermato dai giudici amministrativi che il divieto di gold plating previsto nella legge delega (e cioè il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle Direttive) è stato correttamente utilizzato anche laddove si è andati oltre nella regolazione specifica. È necessario che una buona legge abbia la chiarezza, la completezza, la sistematicità e la comprensibilità.

A parte questo, oggi è difficile dare un giudizio considerato che mancano:

**16 decreti del MIT:** pianificazione, opere soggette a dibattito pubblico, contenuto dei livelli di progettazione (il livello preliminare è stato sostituito con il progetto di fattibilità tecnico-economica), requisiti dei progettisti, modalità di pubblicazione di bandi ed avvisi, tariffa dei commissari di gara, documentazione per la banca dati, modalità di qualificazione, individuazione delle categorie superspecialistiche, albo dei RUP e dei collaudatori nei casi di contraente generale, modalità tecniche del collaudo, attività del direttore dei lavori, attività del diretto-

re dell'esecuzione per servizi e forniture, compensi degli arbitri; **15 atti dell'ANAC:** per le procedure sotto la soglia, compiti del RUP, modalità di qualificazione delle stazioni appaltanti, bandi tipo, requisito per l'Albo dei commissari di gara, mezzi di prova delle cause di esclusione dalle gare, qualificazione delle imprese nei settori ordinari, sistema di premialità e di penalità per le imprese con relative sanzioni, SOA e sistema di vigilanza, qualificazione per le imprese fallite e in concordato preventivo (anche con continuità aziendale), affidamenti dei concessionari, criteri dell'Albo stazioni appaltanti che possono affidare in house, requisiti di qualificazione del contraente generale;

**4 decreti PCM:** procedure per verifica di eventuale interesse archeologico, centrali di committenza dei comuni non capoluogo di provincia, requisiti delle centrali di committenza, organizzazione della cabina di regia;

**15 decreti Interministeriali:** appalti all'estero, criteri di sostenibilità ambientale, digitalizzazione delle procedure, polizze tipo per garanzia di esecuzione, regole per appalti ospedalieri, qualificazione per appalti nei beni culturali, regole per buoni pasto, regole per gli appalti del Ministero della Difesa, monitoraggio delle infrastrutture, compiti del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici. •



# Il punto di vista degli architetti

di **Matteo Morichini**



Intervista al Presidente del Consiglio Nazionale degli Architetti **Giuseppe Cappochin**

**P**residente Cappochin, secondo l'ACER e numerose imprese edili, il nuovo Codice degli Appalti approvato dal Consiglio dei Ministri non raggiunge buona parte degli obiettivi fondamentali della legge delega. È d'accordo e come mai, secondo Lei, è stato approvato un Codice con così tante lacune tecniche e procedurali?

Il Consiglio Nazionale degli Architetti, come pure la rete delle Professioni tecniche, aveva espresso apprezzamento in merito all'attività svolta dal Parlamento relativamente alla legge delega n° 11/2016, condividendone buona parte dei contenuti, mentre forti critiche ha espresso sul testo del Codice emanato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 3 marzo in quanto disattende numerosi principi della stessa legge delega.

In particolare, rimane una mera dichiarazione d'intenti, priva di concreta efficacia, il rilancio del progetto al centro del processo di esecuzione delle opere pubbliche; è stata eliminata la specifica disciplina organica sui servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (Capo IV – artt. da 90 a 112bis), equiparati ai servizi di pulizia e ristorazione, nonostante la specificità dei

riferimenti comunitari ai servizi di architettura e ingegneria. Non si registrano aperture nei confronti dei concorsi di progettazione alla cui opzione è possibile ricorrere solo in subordine all'alternativa prioritaria della progettazione interna (2° comma art. 23), in manifesta contraddizione con l'art. 113, 2° comma che esclude la progettazione interna (ma non la direzione dei lavori) dagli incentivi per funzioni tecniche.

Considerata la scarsissima propensione delle Pubbliche Amministrazioni a promuovere concorsi di progettazione ed avendo escluso per le opere di particolare importanza ulteriori opzioni, appare evidente che il Codice favorisca in ogni caso la progettazione interna gratuita accompagnata dalla D.L. incentivata.

Ferocemente critici siamo nei confronti dell'art. 19 del Codice, che prevede la possibilità da parte del professionista di prestare i propri servizi, tra i quali progettazione e direzione lavori, direttamente a propria cura e spese e cioè gratuitamente. Una selezione di professionisti su tali criteri è assolutamente contraria alla trasparenza, alla qualità e all'interesse pubblico connesso all'esercizio della professione.

Anche in merito alla tanto decantata semplificazione, a fronte di un numero di articoli inferiore al testo precedente, sono stati notevolmente incrementati il numero e la consistenza dei commi, senza dimenticare che il nuovo Codice rinvia per ben 40 volte la regolamentazione di temi specifici ad appositi decreti attuativi.

Per rispondere all'ultima parte della sua domanda, i ventuno mesi necessari per l'emanazione della legge delega hanno compresso a soli tre mesi il tempo a disposizione del Governo per redigere il Codice, generando, tra le altre, anche le copiose critiche del Consiglio di Stato.

La Rete delle Professioni Tecniche era riuscita, in pochissimi giorni, a produrre un documento con un pacchetto di emendamenti alla prima bozza del testo del Codice, offrendo al Governo l'opportunità di superare una serie di criticità, almeno nell'ambito dei servizi di architettura e ingegneria, puntualmente ignorato.

**Il nuovo Codice continua a prevedere la liberalizzazione della procedura negoziata al di sotto del milione di euro. Non crede che ciò potrebbe intaccare il fondamentale principio della trasparenza? Inoltre, il persistente affidarsi a deroghe e proroghe non fa che promuovere ulteriormente la corruzione ed al tempo stesso aiuta a consolidare posizioni già dominanti. Che ne pensa?**

Non ritengo condivisibile, sul punto, la previsione del testo varato dal Consiglio dei Ministri, che, riprendendo peraltro i contenuti dell'art. 122 del vecchio Codice, estende la procedura negoziata alle gare per affidamento di lavori di importo sotto la soglia del milione di euro.

Tale previsione non appare coerente con il criterio direttivo della legge delega secondo cui le scelte dovevano tendere all'armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara, al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d'interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione.

Ritengo, invece, che la procedura negoziata, al di là dei casi di estrema urgenza espressamente certificati dal RUP, vada ricondotta entro i ranghi dell'art. 125 del vecchio Codice, che prevedeva il ricorso a tale procedura solo per i lavori in economia, per importi non superiori alla soglia comunitaria di 209.000 euro. Uno dei nostri emendamenti prevedeva anche l'estensione dell'invito ad almeno 10 operatori economici, al fine di assicurare più trasparenza ed una maggiore concorrenza.

**Nei bandi al di sotto del milione di euro i criteri cam-**

**bianco a seconda dell'appaltante mentre al di sopra del milione di euro viene spesso selezionata l'offerta economicamente più vantaggiosa. Questo significa che in molti casi le imprese che hanno presentato offerte al ribasso sono poi impossibilitate, causa carenza di budget, a portare a termine la commessa. Che ripercussioni può avere tutto ciò per il settore edile e anche per l'Ordine Nazionale degli Architetti?**

Per quanto ci riguarda abbiamo accolto con estrema soddisfazione, e non poteva essere altrimenti, il progressivo abbandono del criterio del prezzo più basso, che potrà essere utilizzato solo per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria di importo stimato inferiore a 40.000 euro e per l'affidamento di lavori di importo stimato inferiore al milione di euro. Per importi superiori sarà utilizzato soprattutto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, seppure preferibile al criterio del prezzo più basso, presenta alcune criticità, nell'ambito della trasparenza, per la notevole discrezionalità dei componenti delle commissioni giudicatrici, nella valutazione dell'adeguatezza dell'offerta e della relazione metodologica presentata dai concorrenti.

È auspicabile pertanto che le linee guida, che saranno redatte dall'ANAC in luogo del vecchio regolamento, individuino una serie di griglie e di parametri di riferimento in grado di ridurre al minimo la discrezionalità dei giurati, garantendo quella trasparenza negli affidamenti che costituisce uno dei principi fondamentali della legge delega.

**I rinvii causano confusione; l'efficienza dipende anche da chiarezza e semplicità. L'ACER è convinto che nelle commissioni di gara la scelta deve essere effettuata per sorteggio dall'ANAC a prescindere dall'importo. Infine, va chiarito il sistema di attribuzione del rating che attualmente è a capo di tre organismi diversi. A fronte di quanto sopra, quali soluzioni dovrebbe proporre il nuovo Codice per rendere le procedure più snelle, semplici, chiare ed efficaci?**

Anche noi pensiamo che il sorteggio dei componenti delle commissioni di gara debba essere previsto anche per gli affidamenti il cui importo stimato sia inferiore alla soglia comunitaria, specie nei casi in cui vengano adottati procedure e criteri di selezione con ampi margini di discrezionalità, come quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa o dei concorsi. Tutto questo, purché il sorteggio venga effettuato tra gli iscritti allo speciale albo tenuto dall'ANAC, che possiedano adeguata competenza e professionalità sul tema specifico dell'aff-



fidamento. In merito al sistema di attribuzione del rating di legalità, appare piuttosto macchinoso e complesso il procedimento enunciato nell'art. 213 del nuovo Codice. Credo che tale delicato compito debba essere assegnato ad un'unica Autorità e, per la natura e l'oggetto dei controlli da effettuare, non può che coincidere con l'ANAC.

**In sintesi, è d'accordo sul fatto che ci sarebbe bisogno di creare un mercato rispettoso delle regole e della meritocrazia dato che le attuali norme attribuiscono valenza al fatturato privilegiando soprattutto i grandi gruppi a scapito delle piccole e medie imprese, essenziali non solo nel settore industriale ma anche nei numerosi campi di quello edile?**

Nel testo del nuovo Codice vengono spesso ripresi principi finalizzati a favorire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese e dei giovani professionisti. Tuttavia, per impedire che tali principi rimangano degli slogan, sarebbe necessario introdurre dispositivi chiari che riducano al minimo il ricorso ai requisiti di selezione economici e tecnico-organizzativi, quali il fatturato o il numero dei dipendenti, puntando soprattutto

sulle capacità tecniche e professionali degli operatori economici e su nuovi incentivi in favore dei raggruppamenti che coinvolgano attivamente i giovani. Inoltre, bisognerebbe intensificare i controlli presso le stazioni appaltanti affinché venga rispettato il principio della divisione in lotti dei grandi lavori, previsto sia dal nuovo testo che dal vecchio Codice dei contratti. Per quanto riguarda il settore dei servizi di architettura e ingegneria, la meritocrazia può essere valorizzata solo con il concorso di progettazione, che costituisce l'unico strumento di selezione fondato esclusivamente sulla qualità della prestazione professionale e non sui requisiti economici e tecnico-organizzativi del professionista. In tal senso, siamo rammaricati del fatto che, sul tema, il nuovo Codice punta al concorso solo quale opzione alternativa alla progettazione interna, anche nei casi in cui il progetto riguardi opere di particolare interesse architettonico, registrando addirittura un passo indietro rispetto al vecchio Codice ed inoltre non apporti alcun sostanziale correttivo di semplificazione e trasparenza, attingendo dalle più efficaci esperienze a livello internazionale, per dare finalmente credibilità anche in Italia ai concorsi di progettazione. ●

# Garanzie fideiussorie ed assicurazioni nel Nuovo Codice degli Appalti

La “garanzia globale” per Appalti sopra i 100 milioni di euro viene sostituita da una cauzione del 5% dell’importo contrattuale e da una fideiussione a garanzia della conclusione dell’opera

di **Andrea Barni**

CEO Assifidi  
Broker di Assicurazioni SpA



**F**avorevole la reazione ed evidente l’interesse del mercato assicurativo per le novità introdotte con il varo definitivo del nuovo Codice degli Appalti.

In particolare è decisamente apprezzata la volontà del legislatore di valorizzare e premiare la qualità e i requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica ed organizzativa delle imprese.

In effetti in questi ultimi anni sempre più alta è risultata la preoccupazione delle compagnie per la sproporzione molto spesso venutasi a creare tra importo netto degli appalti aggiudicati “al massimo ribasso” e valore delle garanzie da prestare a favore del committente.

L’inevitabile incertezza degli impegni assunti in fase di gara ha portato ad un progressivo irrigidimento del mercato, caratterizzato, in occasione del rilascio della cauzione provvisoria, dal sempre più frequente ricorso a pattuizioni in cui veniva convenuta una tassazione pro-

gressiva della definitiva, in ragione del ribasso offerto (c.d. *terms sheet*), nella ipotesi di effettiva aggiudicazione dell’appalto.

Il ricorso al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa – quale regola generale di aggiudicazione per

gli appalti superiori ad € 1.000.000 – porterà senz’altro al ripristino di una diversa disponibilità delle compagnie al rilascio delle garanzie, sin dalla fase di gara, ed al contestuale ridimensionamento delle tassazioni applicate per le fideiussioni dovute in caso di aggiudicazione.

Per quanto attiene le coperture squisitamente assicurative previste per gli appalti lavori, ovvero CAR e Postuma Decennale – copertura questa ultima prevista per gli appalti superiori al doppio della “soglia” (€ 10.450.000) – l’esame degli articoli del nuovo Codice che regolano la materia non evidenzia modifiche sostanziali rispetto alla corrente normativa.

Diversamente, per quanto attiene le cauzioni a garanzia

del contratto, il nuovo Codice introduce una serie di novità, tutte favorevoli all’impresa appaltatrice.

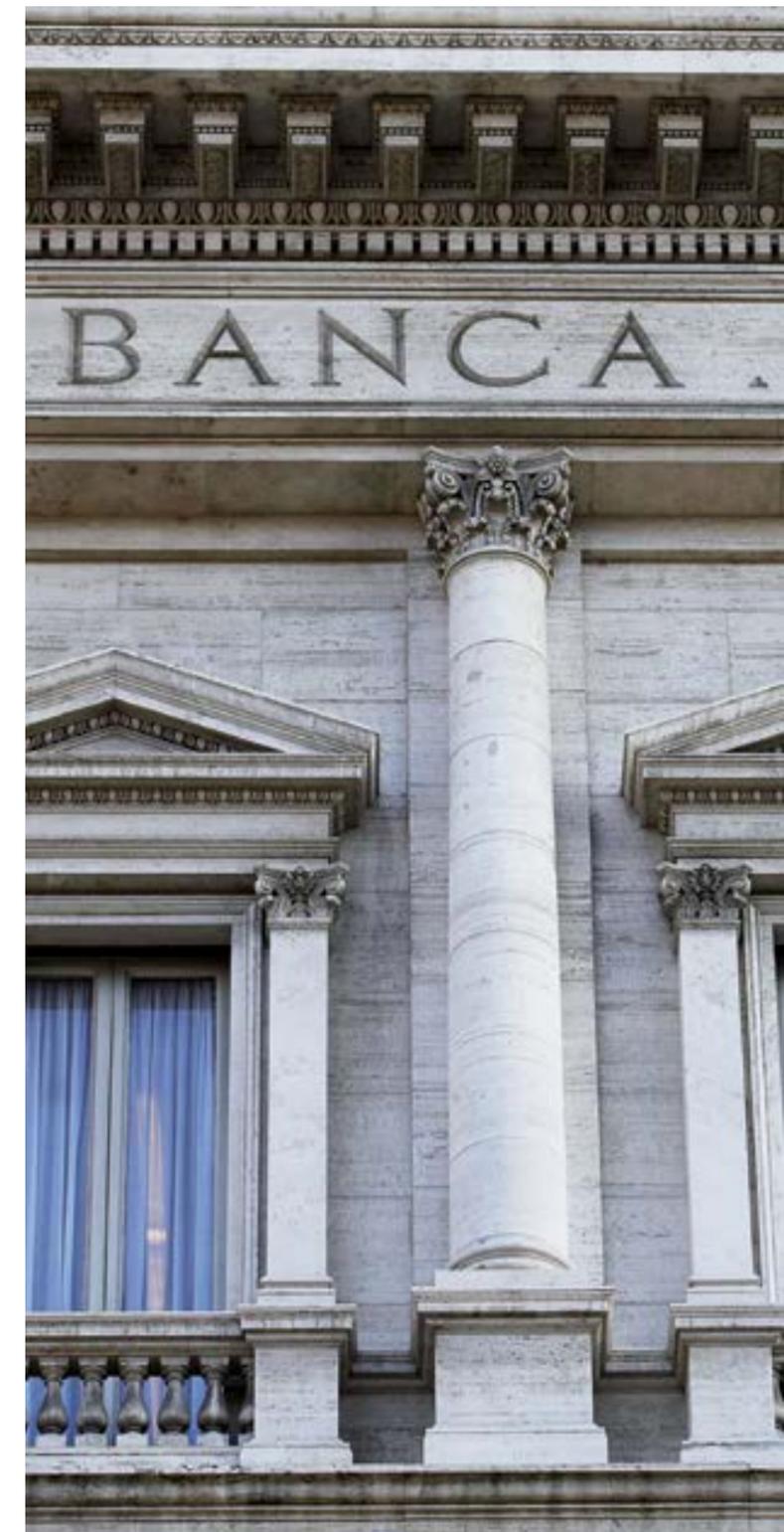
Tra queste decisamente importante la definizione di “garanzia fideiussoria accessoria”, riconducendo quindi inequivocabilmente tutte le garanzie considerate nel testo all’istituto della fideiussione di cui all’art. 1936 e successivi del Codice civile.

Questa precisazione ridimensionerà, ci si augura, il fenomeno affermatosi negli ultimi anni dove sempre più gli enti committenti richiedevano clausole e/o deroghe che finivano per qualificare la garanzia prestata come “contratto autonomo di garanzia”, con l’effetto di risultare in sostanza svincolata dall’obbligazione principale oggetto del contratto d’appalto, e quindi escutibile ad insindacabile giudizio della stazione appaltante, determinando evidente pregiudizio sia per l’impresa che per l’istituto garante.

Per la cauzione provvisoria – oltre al beneficio della riduzione del 50% per gli operatori economici dotati di certificazione del sistema di qualità UNI CEI ISO, già previsto dalla vigente normativa, il nuovo testo prevede la possibilità di ulteriore diminuzione della garanzia del 30% in caso di possesso di registrazione al sistema EMAS regolamento CE n. 1221 del 25.11.2009, oppure del 20% per gli operatori in possesso di certificazione ambientale UNI EN ISO14001. Per la cauzione definitiva, viene introdotta la possibilità di “svincolo progressivo automatico” (questa la novità!) in base ai SAL nella misura massima dell’80%, con la precisazione, a seguire nel testo, che ogni pattuizione contraria o in deroga a questo principio è nulla.

La cosiddetta “garanzia globale” relativa agli appalti per lavori di valore superiore ai 100.000.000 di euro viene sostanzialmente sostituita da una cauzione definitiva del 5% dell’importo contrattuale e da una ulteriore fideiussione denominata “extra costi” pari al 10% dell’importo contrattuale a garanzia della conclusione dell’opera in caso di risoluzione contrattuale.

E quindi, come novità conclusiva, la possibilità di rilascio congiunto di tutte le sopra considerate, da parte di più garanti (banche ed imprese di assicurazioni, è lecito presumere), senza vincolo di solidarietà tra loro. Opportunità questa ultima purtroppo attenuata dalla necessità per gli istituti fideiussori di designare un “mandatario” o un “delegatario” per i rapporti con la stazione appaltante. •



# Più ombre che luci nel Nuovo Codice

## Intervista a Francesco Bachetoni

A cura di **Fabio Cauli**



### Ingegneri nel nuovo Codice Appalti vede più luci o ombre rispetto al passato?

Molte ombre e poche luci.

Il primo aspetto che vorrei sottolineare è quello relativo al fatto che il Governo abbia voluto procedere a tappe forzate nella redazione di questo nuovo Codice. Così facendo ha ascoltato poco e male le varie Associazioni di categoria come l'ANCE, l'ANCI e i protagonisti di tutta la filiera.

La dimostrazione sta nei 2-3 principi fondamentali che nella stesura definitiva si sono "perduti" e la cui assenza, ora, sta determinando i maggiori problemi.

In primo luogo non si è pensato di introdurre un adeguato periodo transitorio, cosicché il nuovo Codice è entrato in vigore il 19 aprile 2016 abolendo quello precedente.

Ciò sta creando grandissime difficoltà operative alle stazioni appaltanti con la più che probabile necessità di ritirare una lunga serie di bandi di gara pubblicati successivamente al 19 aprile e i cui contenuti non sono conformi alle nuove previsioni del Codice.

Il Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone, dall'alto della sua indubbia competenza ed autorevolezza, aveva indicato la necessità di un periodo transitorio di 2-3 mesi ma tale richiesta, incomprensibilmente, non è stata esaudita. In realtà occorre molto tempo (forse addirittura un anno) per metabolizzare le novità contenute nel Codice e pervenire, in tal modo, ad una corretta applicazione degli istituti innovativi contenuti nel dlgs 50/2016.

Qualcuno ha affermato l'inutilità di tale periodo transitorio, ma che il medesimo fosse invece fondamentale è dimostrato dal disagio che, proprio in questi giorni, stanno vivendo i protagonisti del mercato con particolare riguardo alle stazioni appaltanti.

### Quali altre problematiche restano aperte?

Cambia radicalmente il sistema di aggiudicazione dei lavori. Anche in tal caso, cedendo ad una forte suggestione emotiva e fortemente demagogica, il legislatore ha voluto ridurre drasticamente le possibilità di utilizzo del massimo ribasso in quanto reputato la causa di ogni male. Si tratta di un'affermazione destituita di fondamento.

In primo luogo, onde affrontare correttamente la tematica del criterio di aggiudicazione degli appalti, occorre prendere le mosse dall'analisi del mercato.

La politica industriale negli anni '60 è stata quella di privilegiare piccoli lavori e piccole imprese.

Per questo motivo il tessuto imprenditoriale italiano – a differenza di quello europeo – è composto di tantissime PMI; di conseguenza ad una gara di importo inferiore alla soglia comunitaria oggi partecipano centinaia di imprese. Centinaia di imprese di dimensioni sovente ridottissime che non possono permettersi di sostenere i costi necessari per concorrere ad affidamenti in cui, stante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre, oltre a formulare un'offerta economica, predisporre una proposta di natura tecnica e progettuale.

Ciò in aggiunta al fatto che la maggior parte dei lavori affidati attiene alla semplice manutenzione ordinaria, attività che per le sue caratteristiche di semplicità e ripetitività non si presta assolutamente ad essere affidata con criteri che prevedano la presentazione di migliorie progettuali e tecniche. Invece di lasciarsi andare a proclami meramente demagogici, il legislatore avrebbe dovuto trattare la materia del criterio di aggiudicazione con la dovuta prudenza ed accortezza.

Si sarebbe dovuto riservare l'utilizzo del criterio dell'of-

ferta economicamente più vantaggiosa ad appalti di una certa consistenza economica e di una qualche complessità tecnica. Negli altri casi, per converso, si sarebbe dovuto prevedere l'utilizzo del criterio del massimo ribasso temperato dal contestuale ricorso a strumenti efficaci di esclusione delle offerte non congrue.

Prevedere, come ha fatto il legislatore del nuovo Codice, che il massimo ribasso sia utilizzabile solo al di sotto del milione di euro è profondamente errato in quanto il parametro alla stregua del quale valutare l'adeguatezza del criterio di aggiudicazione non può essere unicamente quello del valore economico dell'affidamento, ma deve essere anche (se non soprattutto) quello della natura della prestazione richiesta all'appaltatore.

### L'unico sistema per aggiudicare i lavori è quello del massimo ribasso con l'esclusione delle offerte anomale?

Assolutamente sì. Ogni qualvolta si procede con il criterio del massimo ribasso occorre, comunque, il contestuale utilizzo di strumenti automatici di esclusione delle offerte anomale. L'utilizzo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, mediante il ricorso a criteri non predeterminabili in sede di offerta, permette di evitare i ribassi temerari e consente di aggiudicare immediatamente i lavori.

Al contrario il sistema dell'offerta economica più vantaggiosa funziona solo nel caso in cui ci sia la necessità di un effettivo contributo progettuale da parte dell'impresa, il che si verifica molto raramente nel caso di lavori di importo ridotto (fino alla soglia comunitaria).

Coerentemente con questi principi, l'ANCE sostiene di non applicare l'offerta economica più vantaggiosa a lavori di ridotto importo per tre motivi:

- 1) non c'è nessun contributo progettuale da parte dell'impresa;
- 2) si allungano i tempi per l'aggiudicazione dei lavori in quanto occorre nominare una Commissione che valuti le proposte di migliorie progettuali;
- 3) l'OEPEV è un criterio di aggiudicazione che si fonda su valutazioni eminentemente discrezionali e questo può dare adito a deprecabili collusioni tra i concorrenti alla gara e stazione appaltante.

In tale ottica salutiamo con favore la norma del nuovo Codice secondo cui i Commissari di Gara, invece di essere scelti dalla stazione appaltante, vengono sorteggia-

ti da un Albo sotto il controllo dell'ANAC. Non si comprende, però, il perché l'art. 77 del nuovo Codice limiti l'applicazione di tale previsione ai soli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria.

La tutela della trasparenza nell'aggiudicazione è un principio la cui applicazione non tollera eccezioni basate sull'importo dell'affidamento.

### Cosa succederà?

Per i primi sei mesi si proverà ad applicare la nuova legge. In seguito è prevedibile che si alzerà un coro di lamentele e proteste per le difficoltà ed i tempi eccessivamente lunghi nell'aggiudicare gli appalti e solo allora, probabilmente, si deciderà di inserire un periodo transitorio. Nel frattempo il comparto si sarà inesorabilmente fermato.

### Il ruolo delle stazioni appaltanti?

Alcune sono e saranno comprensibilmente e meritoriamente preoccupate per l'applicazione del nuovo Codice. Altre, forse, sono contente perché la grandissima discrezionalità loro attribuita consente di sottrarsi più agevolmente al controllo di legalità e trasparenza. L'unico aspetto positivo è che il nuovo Codice prevede un processo di qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici al fine di elevare la qualità delle loro prestazioni ed in caso di micro-stazioni appaltanti introduce la necessità di operare mediante aggregazioni di committenti dando il via, in tal modo, ad un processo di razionalizzazione dei centri di spesa.

### E i contenziosi?

Come è noto il contenzioso può riguardare sia la fase della gara che quella dell'esecuzione dell'appalto.

Quanto alla prima tipologia è presumibile che si assisterà ad un fortissimo incremento della conflittualità tra imprese come sempre accade quando si privilegiano criteri di aggiudicazione fondati sulla discrezionalità.

L'andamento del contenzioso relativo alla fase esecutiva dipenderà in gran parte dalla qualità del progetto.

La buona notizia è che, secondo quanto previsto dal nuovo Codice, i progetti messi in gara dovranno essere esecutivi.

Ciò, evidentemente, confidando nel fatto che le nuove modalità di validazione previste dal Codice consentano davvero di porre a base di gara progetti effettivamente cantierabili. ●

# BIM e appalti pubblici: da paventato obbligo a conveniente opportunità?

A cura di **Francesco Ruperto**

**Il testo del nuovo Codice degli Appalti, in recepimento della direttiva europea, introduce il tema della digitalizzazione del settore delle costruzioni. Un tema particolarmente dibattuto ma che se considerato con la corretta consapevolezza può supportare il settore a ritrovare una nuova identità che anni di crisi hanno seriamente compromesso**

Con il comma 13 dell'art. 23 (Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi) il tema della Gestione Digitale dei Processi Informativi delle Costruzioni entra ufficialmente nel testo del nuovo Codice degli Appalti che al momento in cui scriviamo sta completando l'iter che lo trasformerà in legge entro la data del prossimo 18 aprile 2016. Si completa così il recepimento della cosiddetta Direttiva di riforma degli appalti che il Parlamento Europeo ha emanato nel gennaio 2014 nella parte in cui veniva stabilito che i 28 stati europei membri possano incoraggiare, specificare o imporre l'utilizzo del BIM (Building Information Modeling) per i progetti edili finanziati con fondi pubblici nell'Unione Europea a partire dal 2016. Con la trasposizione legislativa di un tema ampio e oggetto di ricerche ed applicazioni da almeno un ventennio, si porta alla ribalta mediatica degli addetti al settore delle costruzioni una innovazione di processo richiesta dall'Europa al fine di ottimizzare la spesa comunitaria in lavori pubblici, e sulla cui opportunità il dibattito oscilla tuttora tra posizioni reazionarie e spinte più o meno consapevolmente orientate alla modernizzazione a tutti i costi. Il testo licenziato appare, ad una prima lettura, figlio del clima ingeneratosi nei giorni immediatamente precedenti alla sua stesura definitiva. Da una parte appare docilmente impostato per rassicurare chi paventava (giustamente) una adozione ob-



Francesco Ruperto  
Architetto, Dottore di Ricerca della Facoltà di Architettura dell'Università degli Studi di Chieti e Pescara e Former Research Fellow di CNRITABC sui temi della modellazione dell'Architettura e dell'Ambiente.  
È coordinatore scientifico del Master BIM della Facoltà di Architettura della Sapienza Università di Roma e Presidente dal 2013 della Fondazione Almagià dell'ACER

bligatoria tout court ma dall'altra costituisce un saldo appiglio legislativo per tutte quelle stazioni appaltanti e centrali di committenza che vogliono accreditarsi per competenze e capacità sull'elenco di qualificazione istituito presso l'ANAC. Ne è uscito a nostro giudizio un testo equilibrato ma anche potenzialmente dirompente per innescare la transizione al cambiamento con approccio premiale per tutte quelle amministrazioni virtuose, motivate alla crescita e di cui potranno beneficiare progettisti ed imprese che per prime riusciranno a trasformare una innovazione legislativa in un vantaggio competitivo a loro favorevole. Proprio la trasformazione da paventato obbligo a conveniente opportunità appare il merito maggiore di una stesura consapevole e che pone l'accento anche su altri aspetti strategici legati alla digitalizzazione di un comparto che sta lentamente cercando di ritrovare una propria identità dopo un devastante

periodo di crisi che ne ha cambiato i connotati. Più in dettaglio il testo si preoccupa di specificare aspetti come quello dell'interoperabilità del formato aperto da adottare nell'interscambio dei dati e di sottolineare l'importanza che tali processi vengano gestiti da personale adeguatamente formato e con l'ausilio di idonei sistemi di monitoraggio centrando in pieno i prerequisiti basilari per qualsiasi operazione orientata al BIM che abbia un senso compiuto. Questi aspetti solo apparentemente secondari trovano ulteriore applicabilità nei seguenti artt. 65 (Partenariato per l'innovazione) e 113 (Incentivi per le funzioni tecniche). In questa sede dedicata al commento dell'introduzione del BIM nel nuovo Codice degli Appalti non si può sottacere dell'ulteriore supporto che al tema proverrà anche dalla normazione UNI 11337:2016 GESTIONE DIGITALE DEI PROCESSI INFORMATIVI DELLE COSTRUZIONI di prossima uscita e che riassumerà gli sforzi di un gruppo di lavoro al quale partecipano i principali stakeholder di settore. In conclusione ci sembra importante segnalare che alcune stazioni appaltanti ed amministrazioni concedenti, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Comune di Milano, Provincia Autonoma di Bolzano su tutti stanno conducendo procedure di gara che portano alla dignità almeno di embrione le sperimentazioni di gestione digitale dei processi delle costruzioni, sinora condotte a livello nazionale. Esperienze particolari, queste citate, su cui si sta testando il livello di maturità delle risposte di mercato e la criticità di processo altrimenti difficilmente individuabili in laboratorio ed i cui esiti potrebbero essere preziosi precedenti per una futura adozione del Sistema. Prima di andare in stampa riceviamo le variazioni apportate al testo dalle Commissioni di Camera e Senato. Tali modifiche

pongono ancor di più l'accento sulla necessità della formazione e dell'aggiornamento di specifiche competenze da parte degli enti appaltanti, sottolineano l'importanza per Amministrazioni Pubbliche e del settore delle costruzioni di dotarsi di una strategia di digitalizzazione. La variazione più rilevante appare la annunciata costituzione di una Commissione di Ministero delle infrastrutture e dei trasporti entro il 31 luglio 2016, chiamata a definire le modalità e i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi presso le stazioni appaltanti. La perentorietà della data corrisponderebbe all'urgenza di costituire un tavolo almeno di consultazione delle Rappresentanze del settore ove si possa governare un passaggio all'obbligatorietà, sì progressivo, ma che possa costituire anche per l'Italia un'occasione di modernizzazione del settore favorendo il coinvolgimento di ampi settori di mercato e che non sia solo di esclusivo interesse dei principali player nazionali a cui viene richiesto come requisito indispensabile sui mercati internazionali.

## Il sistema associativo romano e il BIM

L'Associazione Costruttori Edili di Roma e Provincia è da tempo attiva sulla tematica del Building Information Modeling. A partire dal 2009 sono stati tenuti seminari e ha partecipato a ricerche sui temi ampi della digitalizzazione del settore delle costruzioni anche con l'ausilio della Fondazione Almagià. Pure il CEFMECTP ha attivato corsi di formazione specifici, spesso fruendo di contributi regionali rivolgendo la sua attenzione alle ricadute che il BIM avrà sul tema della logistica e della sicurezza di cantiere. ACER, Fondazione Almagià e CEFMECTP sono tra i patrocinatori del Master BIM della Facoltà di Architettura della Sapienza Università di Roma. •



# Verso la riduzione delle tutele giurisdizionali

A cura di **Fabio Cauli**

Come l'ANAC possa assolvere a tutti i compiti e alle importanti funzioni che il nuovo Codice le assegna, con lo stesso organico e le risorse a disposizione, davvero non è dato sapere. Intervista a **Patrizio Leozappa**



Patrizio Leozappa  
Studio legale  
Leozappa - Roma

**A**vvocato, questo Codice degli Appalti ancora prima di nascere ha sollevato un vespaio di critiche e polemiche. Come mai?

Per certi versi è inevitabile. Tutti i cambiamenti e le novità di un certo rilievo, come nel caso di interventi sulla normativa che regola un mercato chiave quale quello dei contratti pubblici, generano dibattiti, anche accesi. Nel caso del nuovo Codice Appalti, il confronto più significativo si è registrato tra quanti auspicavano un recepimento delle direttive europee snello e semplificato (i fautori della c.d. "soft law") e coloro che ritenevano una tale modalità di attuazione non compatibile con il nostro ordinamento ed estranea alla nostra tradizione giuridica.

Risolto in favore dei primi un tale confronto, resta il grave e colpevole ritardo con il quale, ancora una volta, si è arrivati sul filo di lana a tagliare il traguardo del recepimento delle direttive europee, che risalgono al mese di febbraio del 2014. La legge di delega al Governo per l'attuazione delle direttive, improntata all'inedito modello della soft regulation, ha infatti visto la luce solo il 28 gennaio 2016 e lo schema di decreto delegato è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 3 marzo scorso, il che ha comportato che il Consiglio di Stato e le Commissioni parlamentari hanno dovuto necessariamente esprimere il parere di loro competenza in tempi ristrettissimi e contestualmente, così da consentire al Governo di varare definitivamente il nuovo Codice il 15 aprile 2016, appena in tempo per rispettare la scadenza del 18 aprile 2016 e non incorrere

nella procedura di infrazione. E si sa che la fretta non è mai buona consigliera. Prova ne è il fatto che talune disposizioni del decreto legislativo, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 2016 ed il giorno stesso entrato immediatamente in vigore, continuano a recare incoerenze sistematiche, refusi ed imprecisioni lessicali (a partire dal nome: lo chiamiamo Nuovo Codice dei contratti pubblici per semplicità e perché succede al Codice del 2006, ancorché, a ben vedere, il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 inspiegabilmente ometta di qualificarsi come tale) o, il che è certamente più grave, si espongono a seri dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con l'ordinamento europeo e ciò nonostante i puntuali rilievi mossi dal Consiglio di Stato nel parere reso il 1° aprile 2016.

**Quali sono a Suo avviso i punti di forza e quelli di criticità del nuovo Codice?**

Sicuramente da apprezzare è lo sforzo di semplificazione e di sistematizzazione che è stato fatto con la scelta di adottare un unico decreto per il recepimento delle tre direttive europee e per il riordino della materia degli appalti di lavori, forniture e servizi. Ricordo infatti che la legge delega lasciava libero il Governo di adottare entro il 18 aprile 2016 il decreto legislativo di recepimento delle direttive ed entro il 31 luglio 2016 quello per il riordino complessivo della disciplina vigente.

Ritengo condivisibile anche la filosofia ispiratrice del Codice, risalente alla legge di delega, di optare per un completamento della fonte normativa di rango primario non più, come avvenuto in passato, con l'adozione di un complesso



regolamento unico di esecuzione ed attuazione, ma con un diverso modello che garantisca maggiore celerità nel completamento attuativo della riforma e nel suo aggiornamento funzionale. Va riconosciuto infatti che il modello classico del regolamento di esecuzione non ha dato buona prova di sé, tanto con riferimento alla fase di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici (la c.d. legge "Merloni"), nel lontano 1994, quanto del previgente Codice dei contratti pubblici, nel 2006. Proprio a causa della loro complessità contenutistica e procedimentale, entrambi tali regolamenti, come è noto, sono intervenuti rispettivamente cinque e quattro anni dopo l'entrata in vigore delle norme primarie che dovevano completare e rendere applicabili, lasciando così in vita "transitoriamente" per diversi anni le datate disposizioni regolamentari previgenti e comunque impedendo l'entrata a pieno regime della nuova normativa.

Tra le novità di maggiore interesse, che necessitano però di concreta definizione ad opera degli atti che spetterà ad ANAC emanare, c'è il nuovo sistema di centralizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti, che persegue il condivisibile obiettivo di ridurre il numero (in Italia enorme: ben 32.000) e di qualificarle sulla base di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione, nonché di valorizzare le centrali ed i soggetti aggregatori, evitando così la proliferazione diffusa e, per certi versi, incontrollata delle procedure di gara.

Ciò detto e venendo alle criticità, ho qualche dubbio sulla concreta idoneità del nuovo e flessibile sistema della "soft law",

ideato dalla legge delega e realizzato dal Codice, a pervenire al completamento in tempi rapidi della riforma della materia dei contratti pubblici. La disciplina regolatoria è ora infatti essenzialmente affidata al Ministero delle Infrastrutture ed all'ANAC, ai quali spetterà di emanare, sotto il nome di "linee guida", rispettivamente non meno di 16 decreti e di 15 atti di attuazione della nuova normativa (che in totale però assommano a ben 51, ulteriori 15 atti dovendo essere adottati da altri ministeri, 4 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed 1 dalla CONSIP).

Altro tema di estrema delicatezza è proprio quello della natura giuridica delle tre tipologie di atti costituenti le "linee guida" (nome juris sconosciuto al nostro sistema delle fonti del diritto), previsti dal Codice in base alla legge delega e tutti giustiziabili davanti al giudice amministrativo. Personalmente ritengo che, mentre i decreti ministeriali contenenti le "linee guida" adottate su proposta dell'ANAC e soggetti a parere delle commissioni parlamentari costituiscano veri e propri regolamenti, in quanto tali sottoposti allo schema procedimentale previsto dall'art. 17 della legge n. 400/88 (ivi compreso il parere del Consiglio di Stato), alle "linee guida vincolanti" dell'ANAC si debba invece riconoscere natura giuridica non di regolamenti ma di atti di regolazione tipici di un'Autorità amministrativa indipendente quale è l'ANAC, con conseguente assoggettamento di tali atti a garanzie procedurali minime quali, ad esempio, la consultazione pubblica, l'analisi e la verifica di impatto della regolazione, l'adeguata pubblicità e la pubblicazione; le "linee guida non

vincolanti” dell’ANAC; infine, avranno un mero valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti delle stazioni appaltanti e degli operatori economici.

L’elevato numero degli atti di attuazione previsti e l’eterogeneità delle Amministrazioni chiamate ad emanarli, laddove dovesse mancare un’efficace attività di monitoraggio, coordinamento e sollecitazione, ritengo possano compromettere l’obiettivo di pervenire sollecitamente al completamento della disciplina di attuazione del nuovo Codice. Come poi l’ANAC possa assolvere a tutti i compiti e alle importanti funzioni, anche sul piano del contrasto alla corruzione ed alle infiltrazioni criminali nel mercato degli appalti, che il nuovo Codice le assegna, con lo stesso organico e le risorse attualmente a disposizione, davvero non è dato sapere. Ed anche questa è un’ criticità non di poco momento, se si pensa che il nuovo Codice, anche per quanto riguarda i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, “gira” intorno all’ANAC.

#### Cosa la preoccupa di più?

L’aspetto sicuramente più preoccupante è che con il nuovo Codice si è imprevedibilmente e contraddittoriamente imboccata la strada della riduzione delle tutele giurisdizionali. Si tratta di un problema forse poco considerato ma che avrà invece un sicuro impatto sulle imprese nei loro rapporti con le stazioni appaltanti. L’art. 113 della Costituzione (laddove recita che: “Contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”) è sempre stato ritenuto in Italia un baluardo contro il cattivo esercizio o l’inerzia del potere amministrativo ed una storica ed irrinunciabile conquista di civiltà giuridica e non solo.

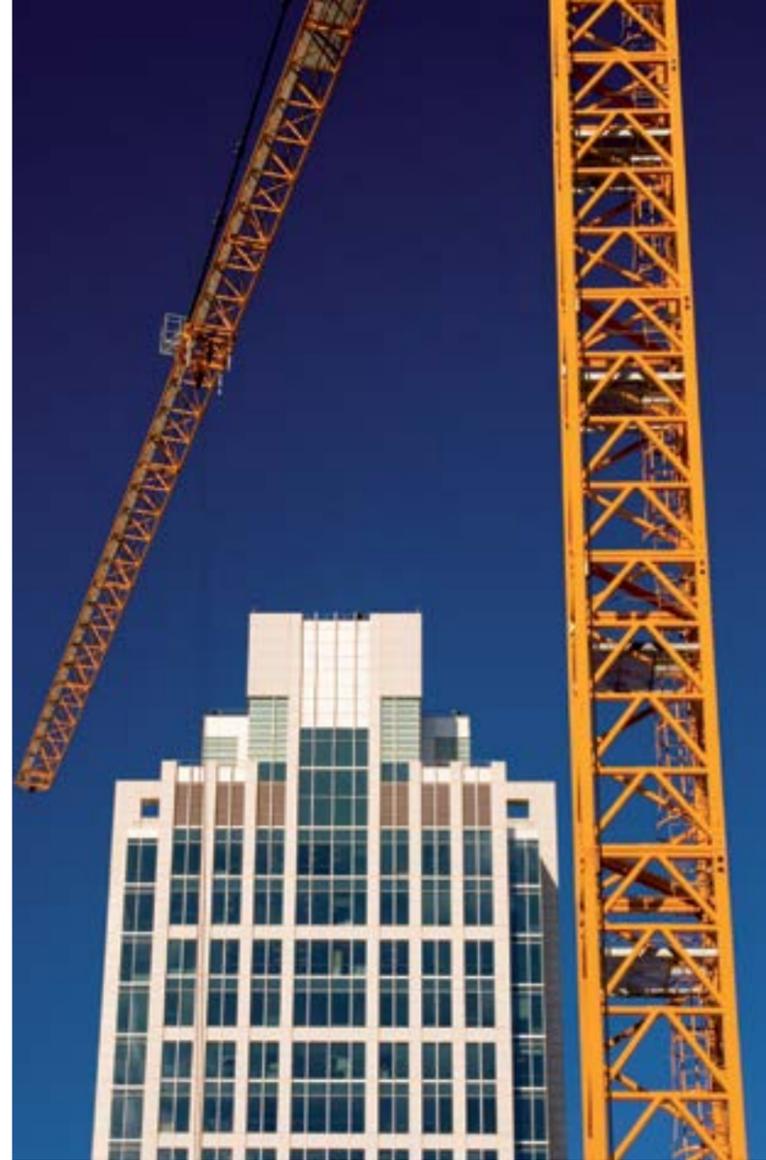
La pienezza e l’effettività di questa sacrosanta tutela nei confronti della Amministrazione invece ora vacillano a causa delle nuove disposizioni processuali sul contenzioso in materia di appalti pubblici introdotte dall’art. 204 del nuovo Codice. E questo è paradossale per un Governo che fa della lotta alla corruzione la sua bandiera. Mi sembra infatti evidente che se si rende difficoltoso e troppo oneroso il ricorso al giudice amministrativo, come l’applicazione dell’art. 204 finisce per fare, si preclude il sindacato di legittimità – che spesso è anche il solo controllo di legalità – sull’operato dell’amministrazione e, quindi, si rinuncia anche alla possibilità di far luce su eventuali episodi di corruzione che avessero sviato l’azione amministrativa dal suo corretto percorso.

#### Si vogliono realizzare le opere ad ogni costo...

Il punto è a mio avviso un altro: si devono realizzare le opere ad ogni costo... ma solo se a farlo è il legittimo aggiudicatario e non l’operatore che si ritrovi primo in graduatoria grazie ad atti illegittimi della stazione appaltante! In uno stato di diritto la tutela della posizione del concorrente illegittimamente escluso o risultato non aggiudicatario deve venire prima dell’interesse a realizzare le opere ad ogni costo. Anche perché, se così non fosse, il costo che la collettività potrebbe essere chiamata a pagare sarebbe davvero troppo alto: basti pensare al caso dell’operatore che risulti vincitore di una gara nonostante la carenza, non ravvisata dalla stazione appaltante, dei requisiti di qualificazione o di quelli generali o speciali richiesti dalla legge e dalla disciplina di gara. La verità è che l’unico obiettivo perseguito dal rito super-accelerato previsto dall’art. 204 del nuovo Codice è quello di deflazionare drasticamente il contenzioso in materia di opere pubbliche. Il ricorso al giudice amministrativo è visto con sfavore ed il controllo esercitato da quest’ultimo un fastidioso ostacolo alla realizzazione delle opere pubbliche, quasi che il problema fosse la reazione alla illegittima azione amministrativa e non la illegittimità dell’azione amministrativa, di cui sembra in questo modo volersi tollerare la esistenza e la permanenza degli effetti.

#### Cosa prevede l’art. 204 del nuovo Codice?

L’art. 204 prevede un rito super-accelerato che impone una serrata tempistica per la proposizione del ricorso, il deposito dei documenti e delle memorie, ma anche della stessa sentenza di primo grado che, oramai, sarà resa sempre e solo in forma semplificata, a prescindere dunque dal grado di complessità della controversia, con il rischio (contrario all’obiettivo della riforma) di accrescere i giudizi di appello al Consiglio di Stato, contributo unificato permettendo. Ma non è tanto questo a preoccupare, perché alla ristrettezza dei tempi per ricorrere siamo ormai abituati, quanto piuttosto la improvvida novità di aver imposto l’onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione alla gara dei concorrenti, a pena di decadenza. In particolare, intervenendo sull’art. 120 del Codice del processo amministrativo ma anche cancellando d’un colpo decenni di granitica giurisprudenza sull’attualità e la concretezza quali presupposti ineludibili dell’interesse a ricorrere al giudice amministrativo, l’art. 204 del nuovo Codice impone ora di impugnare nel termine di 30 giorni, decorrente peraltro da quello di pubblicazione sul sito della stazione appaltante e non di comunicazione individuale, il provvedimento di ammissione degli altri concorrenti alla gara all’esito della valutazione dei loro requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.



Detto in altri termini, ai concorrenti che volessero preservare integra la loro posizione giuridica di aspiranti aggiudicatari della gara, si impone ora non solo di ricorrere “al buio” contro gli atti di ammissione alla procedura degli altri concorrenti in tutti quei casi (che è facile prevedere saranno la maggioranza) nei quali tali “provvedimenti” di ammissione non saranno neppure motivati dalle stazioni appaltanti, ma anche e necessariamente di proporre tanti ricorsi quanti sono i concorrenti ammessi, dal momento che, per definizione, nella fase preliminare di ammissione alla gara, ciascuno di essi evidentemente ignora in che posizione potrà collocarsi la propria e la altrui offerta nella graduatoria che solo all’esito della gara sarà possibile predisporre e conoscere.

Quindi, considerando anche solo il costo spropositato del contributo unificato da pagare per ognuno dei ricorsi da introdurre, è evidente che si grava i potenziali ricorrenti di un

sacrificio economico che prevedibilmente nessun concorrente sarà disponibile o in condizione di sopportare, tanto più perché richiesto in un momento in cui ciascun concorrente non può far altro che scommettere sulle sorti della gara ed è quindi certamente del tutto carente dell’interesse a ricorrere in giudizio contro gli atti di ammissione degli altri concorrenti, la cui collocazione finale in graduatoria, così come quella dello stesso potenziale ricorrente, ben potrebbe risultare irrilevante e quindi in nessun modo lesiva o lesa. Poiché, però, la mancata tempestiva impugnazione degli atti di ammissione è sanzionata dall’art. 204 con la preclusione di far valere la illegittimità derivata dei successivi atti di gara ed in particolare della stessa aggiudicazione – anche con ricorso incidentale, ossia da parte dell’aggiudicatario che volesse difendersi dal ricorso avversario a sua volta attaccando e contestando l’ammissione alla gara del ricorrente – va da sé che risulta manifestamente vulnerato il diritto di difesa, costituzionalmente garantito.

Auspicio, quindi, che sull’art. 204 possa intervenire presto un ripensamento, prevedendo che, in difetto, non tarderanno ad essere sollevate questioni di legittimità costituzionale e di pregiudizialità comunitaria.

Una brutta novità, questa, di cui davvero non si sentiva il bisogno e che sembra ispirata ad un’unica e non condivisibile finalità: quella, come si diceva, di risolvere il “problema” del contenzioso nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici in nome dell’interesse generale all’esecuzione ad ogni costo del contratto d’appalto che, con un discutibile sovvertimento dei principi costituzionali, il nuovo Codice reputa costituire un’esigenza imperativa ahimè evidentemente superiore a quella del ripristino della legalità. Speriamo di sbagliare su questa brutta deriva degli ultimi tempi, ma ho sempre a mente la storiella del tiranno di Siracusa.

#### E cioè?

Un crudelissimo tiranno di Siracusa, Dionisio, si stupì di sapere che una vecchietta pregava perché avesse vita lunga e la mandò a chiamare. Quando le chiese come mai pregasse perché egli avesse vita lunga anziché un regno il più breve possibile, come auspicava tutta la popolazione, la vecchietta spiegò sinceramente di aver in passato anche lei pregato che il precedente dittatore morisse quanto prima in quanto malvagio e crudele, ma, essendo stata esaudita ed essendo subentrato al suo posto Dionisio, che dei precedenti era di gran lunga il più malvagio e brutale, ora pregava perché avesse salute così da risparmiare alla città un nuovo e ancora peggiore dittatore. ●

# L'OICE esprime parere positivo per il giudizio del Parlamento a favore della concorrenza e della centralità del progetto

di Luca Carrano

È positivo il giudizio dell'Associazione confindustriale delle società di ingegneria e di architettura italiane sui pareri dati da Camera e Senato relativi allo schema del nuovo Codice Appalti

È il Presidente Gabriele Scicolone a commentare i contenuti delle osservazioni parlamentari: "Apprezziamo molto che le commissioni e con loro i relatori Esposito e Mariani, abbiano fatto un così attento lavoro teso a rendere ancora più effettivo il principio della centralità del progetto e a riportare adeguati livelli di concorrenzialità negli affidamenti di servizi di ingegneria e architettura. Ci preoccupava moltissimo la norma che avrebbe imposto di affidare a trattativa privata senza bando incarichi fino alla soglia UE; per noi questa era la prima richiesta di modifica. Valutiamo positivamente quindi che il Parlamento abbia condiviso il nostro allarme proponendo di riportare il limite entro la soglia dei 100.000 euro ed evitando così un pesante vulnus in termini di trasparenza e concorrenza".

Soddisfazione anche su altri punti contenuti nei pareri: "È per noi positivo – afferma il Presidente dell'OICE – l'accoglimento della richiesta di rendere obbligatorio il cosiddetto decreto parametri a tutela della correttezza della base d'asta nelle gare di progettazione. Bene anche l'eliminazione – da noi fortemente suggerita – della cauzione provvisoria per le gare di progettazione, anche se andrà chiarito se la polizza del progettista è confermata e in che termini. Infine è stata ripescata, come da noi suggerito, la norma che agevola la costituzione di nuove società di ingegneria e di professionisti, evitando così la mancata attuazione di un preciso criterio di delega".



Rimane però qualche perplessità: "Abbiamo qualche dubbio – dice Gabriele Scicolone – sulle modalità con le quali si utilizzerà l'OEPV su un progetto esecutivo e su come si potranno gestire gare di lavori e affidamenti di progettazione con questo criterio, laddove vi siano numerosi partecipanti; difficile pensare che metodi come il confronto a coppie possano funzionare bene con molte decine di offerte. Avremmo preferito che fossero adottati sistemi usuali a livello internazionale, come l'utilizzo delle short list e l'applicazione delle soglie di punteggio tecnico quale filtro sulle offerte economiche".

Anche per la disciplina dei lavori, ad avviso del Presidente OICE, occorre ponderare bene le scelte: "Comprendiamo i timori espressi dai colleghi dell'ANCE relativi al rischio di rallentamento dei tempi di aggiudicazione che potrebbero conseguire dalla forte limitazione del criterio del prezzo più basso nel settore degli appalti di lavori; su questo punto è opportuno che il Governo compia una attenta riflessione". •



## NUOVO CODICE DEGLI APPALTI: FACCIAMO UN ULTIMO SFORZO

Lo schema del nuovo Codice degli appalti approvato dal Consiglio dei Ministri non raggiunge alcuni obiettivi fondamentali della legge delega:

TRASPARENZA

SEMPLIFICAZIONE DELLE PROCEDURE

LOTTA ALLA CORRUZIONE

TUTELA DELLE IMPRESE CHE RISPETTANO LE REGOLE

**N**on può esserci trasparenza se la qualificazione delle imprese viene affidata a criteri determinati volta per volta dalle singole stazioni appaltanti, con regole di qualificazione non omogenee e che possono essere modellate sulle caratteristiche di singoli operatori.

Anche la liberalizzazione della procedura negoziata (invito a soli cinque concorrenti, senza pubblicazione del bando di gara) al di sotto del milione di euro tradisce il principio della trasparenza e della libertà di concorrenza. Le gare vanno fatte sempre se vogliamo scongiurare il rischio di corruzione. Basta con le deroghe e con le proroghe che altro non sono se non un sistema per consolidare posizioni di rendita.

Questo nel nuovo Codice deve essere chiarito con forza.

Forte preoccupazione in termini di trasparenza deriva, inoltre, dall'utilizzazione indiscriminata sopra il milione di euro dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Oepv) che, invece, dovrebbe essere sostituita, almeno fino alla soglia comunitaria, da criteri automatici non predeterminabili di aggiudicazione e, comunque, essere giustificata dalla necessità di un reale apporto progettuale dei concorrenti. L'Oepv inoltre incide sui costi di partecipazione alle gare e sulla celerità delle procedure, con ritardi nell'avvio dei cantieri.

Altro punto cardine per

assicurare appalti trasparenti ed efficienti riguarda i componenti delle commissioni di gara: la scelta deve essere effettuata per sorteggio dall'ANAC per le gare di qualsiasi importo. Così come va definito in modo chiaro il sistema di attribuzione del rating di legalità, che al momento è in capo a tre organismi diversi. L'efficienza dipende anche dalla chiarezza e dalla semplicità. Qualche passo in avanti in termini di semplificazione è stato fatto: il numero degli articoli rispetto al vecchio codice è stato ridotto. Ma si poteva e si deve fare di più. Sono troppi i rinvii che possono generare confusione e scarsa leggibilità.

Infine dobbiamo tutelare tutte le imprese. Anche

quelle medie e piccole che fanno grande il nostro sistema industriale. La norma che attribuisce valenza predominante al fatturato e ai lavori analoghi ai fini della qualificazione non tiene conto della crisi del mercato dei lavori pubblici degli ultimi otto anni e rischia di privilegiare pochissimi grandi gruppi.

E ora di fare un ultimo sforzo per non perdere l'occasione di avere un mercato dei lavori pubblici più efficiente, trasparente e in grado di selezionare solo i migliori e coloro che rispettano le regole. Le imprese dell'Acce sono a fianco di chi farà sua questa battaglia.

# Mutiamo il modello di business: la crisi riguarda anche l'offerta

di **Filippo Monge**



Filippo Monge  
Presidente ANCE Cuneo  
Presidente Cassa Edile Cuneo  
Docente di Economia Manageriale  
Università degli Studi di Torino

**N**onostante a livello mondiale il comparto edile presenti trends meno pessimisti, in Italia, ovvero, nel *domestic market*, permane una situazione di attendismo che ha sostanzialmente paralizzato ogni genere di iniziativa, segnando la necessità di ripensare addirittura il modello di business delle nostre imprese. Sebbene, infatti, alcuni indicatori, come il numero di compravendite di unità immobiliari a uso abitativo, presentino una prima apprezzabile inversione di tendenza, rimangono incerte le previsioni su due principali mercati di destinazione della PMI edili italiana:

- 1) il mercato dei lavori pubblici: non ultimo con la riforma del Codice Appalti che, nell'impostazione vista a marzo 2016, rischia di limitare l'accesso alle PMI;
  - 2) il mercato dei lavori privati conto terzi (ovvero da investimenti diretti sul patrimonio immobiliare industriale o privato) in inesorabile contrazione a causa di incertezza normativa.
- In particolare:

- il livello degli investimenti in costruzioni, misurato a prezzi costanti, è risultato, nel 2014, inferiore del 34% rispetto a quello del 2007;
- dall'inizio della crisi in Italia si è stimata una perdita di 550.000 posti di lavoro nel settore.

Dati tutt'altro che confortanti che mettono in luce alcune problematiche che il settore non ha mai affrontato coraggiosamente. Ecco le principali:

- a) l'impresa edile italiana, come già dimostrava uno studio dell'Università Bocconi di Milano, è a modello capitalistico familiare ("molecolare", come direbbe Aldo Bonomi) sotto-

patrimonializzata e con scarse attitudini ad agire in rete;

b) quella che ha colpito il settore dell'edilizia non è solo una crisi di domanda ma anche di offerta, dove si perpetuano processi di imitazione anziché di innovazione. Struttura, condotte e performance diventano, quindi, le tre variabili su cui è necessario intervenire con alcune proposte che richiamano un mutamento culturale.

Alcuni suggerimenti:

- **sostenibilità e green economy:** dal 2007, si sono susseguiti diversi orientamenti, indicazioni e provvedimenti normativi che hanno creato le condizioni per innovare il prodotto edilizio, rendendolo compatibile con le nuove attese "green" del mercato. Ma non è bastato. Sono necessarie continue azioni di marketing in grado di portare al consumatore finale questi concetti affinché la domanda sia stimolata;
- **partnership ed internazionalizzazione:** le imprese che hanno ottenuto performance migliori sono state quelle mag-



giornamente orientate a modelli di cooperazione-collaborazione (talvolta anche soltanto temporanee) ed operanti su più mercati. Anche l'internazionalizzazione (ancora faticosa per le PMI) diventa un driver per permettere alle imprese di consolidare alcuni punti di forza ed attivare sinergie necessarie per poter competere su nuovi mercati;

- **networking:** l'attivazione di nuove dialettiche sinergiche con i principali *stakeholder* rappresenta un elemento imprescindibile per lo sviluppo futuro del settore. In

questo contesto gli enti paritetici e le associazioni di categoria assumono un ruolo centrale nel processo di (ri)configurazione dell'offerta e di (ri)orientamento della domanda, definendo, con chiarezza, il perimetro di *governance* del settore;

- **formazione:** le sfide di scenario (e le relative nuove criticità), necessiteranno di competenze aggiornate. L'intero settore dovrà individuare (e creare) nuovi assetti e nuovi modelli che consentano di implementare i parametri di efficacia ed efficienza. Il consolidamento del rapporto con le istituzioni accademiche e di ricerca risulterà determinante per assicurare, al settore, gli *asset* intangibili di cui necessita.

## Conclusioni

Il settore delle costruzioni sta avviando, in Italia, una fase di evoluzione storica caratterizzata da profonde mutazioni (nelle caratteristiche sia della domanda, che dell'offerta). Innovazione e managerialità impongono di riconsiderare impostazioni, modelli, strategie. L'imprenditore edile deve ritornare ad esser "protagonista dei propri territori", ricoprendo un ruolo determinante nello sviluppo locale. Non scordiamo l'adagio francese "*Quand le bâtiment va, tout va*". •



Un anziano e affermato musicista jazz suona il basso acustico a tarda ora nel suo appartamento di Fort Greene, a Brooklyn. Lo fa da anni, ma ora ha dei nuovi vicini che con quella musica non riescono a dormire. In breve, come capita, la diatriba condominiale si avvita su se stessa e i vicini decidono di chiamare la polizia. Solo che il musicista jazz ha un figlio più famoso di lui che fa il regista cinematografico. Si chiama Spike Lee e in un appassionato monologo trasforma la lite di vicinato di suo padre in una storia esemplare sulla sorte delle città contemporanee. Fort Greene, zona un tempo pericolosa e disagiata, ma anche culturalmente vivace, sta infatti cambiando pelle. Come molte parti di Brooklyn, è diventata alla moda, le sue strade si sono fatte più pulite e sicure, i suoi appartamenti più curati e costosi, i suoi condomini più ordinati e silenziosi, i suoi abitanti più ricchi e chiari di pelle. Spike Lee parla di "sindrome di Cristoforo Colombo": improvvisamente arrivano persone che sostengono di aver scoperto un certo luogo e cacciano via o sottomettono quelli che erano lì già da un pezzo. Quello che i colonizzatori fecero con i nativi americani, in pratica, la borghesia urbana lo sta facendo con i vecchi quartieri popolari.

Famosissimo negli States, il *J'accuse* di Spike Lee è stato più volte ripreso anche in Italia, criticato ad esempio da Vittorio Zucconi su *Repubblica* e citato invece con favore dal sociologo Giovanni Semerari in un suo libro recente dedicato alla *gentrification*. Quest'ultima parola, a volte legittimamente italianizzata in "gentrificazione" (no invece, "centrificazione" non va bene), comincia a diventare familiare anche da noi, mentre è da tempo un tema caldo oltreoceano.

Bisogna andarci piano, comunque, a importare dibattiti dagli Stati Uniti, perché non tutto quello che viene da lì si presta ad essere generalizzato. Le parole di Spike Lee, ad esempio, hanno molto a che fare col ruolo di Fort Greene nella cultura afroamericana newyorkese. Il regista infatti accenna a una peculiare identità locale, che è lì "da generazioni". Ma attenzione: questa autenticità è una faccenda complessa.

Non solo suo padre si è trasferito lì solo nel 1968, non chissà quanto tempo fa; ma soprattutto sono stati anche artisti e intellettuali come Bill e Spike Lee (che qui ha fondato la sua casa di produzione *40 Acres and a Mule*) a innescare le trasformazioni di cui oggi si lamentano. Esattamente come nel Trastevere del Folkstudio e dei teatri off, nel Monti dei registi e degli ingegneri, o nel Pigneto degli architetti e della memoria di Pasolini, questi intellettuali anticonformisti finiscono, loro malgrado, per essere i primi fra i gentrificatori.

È proprio il mescolarsi dell'autentica vita popolare con la vivacità culturale da loro introdotta a trasformare un quartiere difficile in uno scenario trendy, che attirerà nuove e sempre più abbienti popolazioni urbane: *hipster* tatuati dalle barbe squadrate, poi creativi della new economy, per finire con più banali medici e avvocati e persino con gli odiatissimi yuppies. Tutti costoro, oltre al denaro, porteranno nuovi negozi, nuovi orari e nuovi stili di vita. Non c'è, insomma, una cultura tradizionale schiacciata da colonizzatori venuti da lontano, ma la complessa convivenza di gruppi e stili di vita differenti che il dinamismo della vita urbana rimescola e fa interagire.

Perlopiù, a parlare di *gentrification* sono quelli che la criticano, mentre quelli che la auspicano preferiscono parlare di "risana-

mento di quartieri degradati". Il problema vero è che questo risanamento, ammesso che sia tale, non va necessariamente a vantaggio degli abitanti storici del quartiere. E qui il localismo, che teme l'omologazione degli spazi urbani ("disneyizzazione", "mcdonaldizzazione" sono i termini preferiti), si sposa, anche in modi ambigui e fumosi, con preoccupazioni di ordine socio-economico. Per dirne una, quando in una certa zona il prezzo delle case balza verso l'alto gli affittuari meno abbienti possono trovarsi costretti ad andare via, allontanati dal proprio ambiente, dalle proprie abitudini, dalle proprie reti sociali. L'antropologo anglo-americano Michael Herzfeld ha studiato una brutta faccenda del genere proprio nel cuore di Roma, nel rione Monti, in un libro il cui titolo suona più o meno come "Sfrattati dall'eternità".

Ma il problema degli allontanamenti è più complesso di quanto a volte non si creda. Diverse statistiche americane suggeriscono che spesso va via più gente dai quartieri che rimangono degradati che da quelli che si stanno gentrificando. Anche a Roma il grande svuotamento di luoghi come Monti e Trastevere avviene tra gli anni Cinquanta e Sessanta, quando sono ancora considerati degradati. Le persone che andranno via per gli sfratti del periodo successivo saranno molte di meno. Inoltre, è ovvio che la crescita dei valori immobiliari impatta ben diversamente sugli affittuari, che rischiano di dover fare i bagagli, che sui proprietari, il valore del cui patrimonio cresce. E sappiamo che in Italia (come in tutta l'Europa meridionale) la maggioranza delle famiglie è proprietaria di casa, quindi non pregiudizialmente contraria a questi cambiamenti.

Allora l'insistenza sulla *gentrification* è solo una bandiera ideo-

logica anticapitalista (di una "gentrificazione antisociale" parlano alcuni dei manifestanti dei centri sociali contrari al piano di risanamento per Bagnoli), cui si somma l'atteggiamento nostalgicamente chic di intellettuali disturbati nelle loro preziose abitudini? Non del tutto, perché sottolinea anche squilibri reali. Pur tenendo conto del fatto che l'Italia non è gli USA e che la Roma semiparalizzata di inizio millennio non è la New York frenetica di Bloomberg, per molti le trasformazioni risultano troppo brusche. Lasciano un pesante strascico di allontanamenti e conflitti, oppure provocano un appiattimento delle peculiarità locali che alla lunga potrebbe diminuire, assieme al fascino, anche il valore della zona.

Questo perché negli ultimi decenni è venuto a mancare un attore fondamentale delle trasformazioni urbane e proprio quello che più degli altri avrebbe avuto il compito di ammorbidirne l'impatto. L'epoca della *gentrification*, infatti, è anche quella del drastico indebolimento delle politiche pubbliche. I cittadini sono lasciati a gestire gli effetti senza poter contare sulla minima rete di sicurezza. Una ripresa dell'edilizia popolare in forme nuove – meno concentrate, meno mastodontiche, meno uniformi – potrebbe inoltre aiutare a far sì che l'andamento del mercato sia più regolare. E politiche fiscali più capaci di distinguere tra investimenti a lungo termine e speculazione effimera potrebbero rendere la crescita di valore meno improvvisa e più costante.

Forse già questo basterebbe a rendere meno aspro il dibattito sulla *gentrification*. Un alternarsi di bolle e delle loro esplosioni non conviene, alla lunga, né ai semplici cittadini né alle imprese. Ma non bisogna farsi troppe illusioni: ci saranno sempre dei vicini che tengono la musica troppo alta. ●

# Cristoforo Colombo e gli hipster

di Federico Scarpelli

Il dibattito sulla *gentrification* ha spesso qualcosa di ideologico e di fumoso, ma mette in luce alcuni importanti squilibri della città contemporanea



# Per una storia della **nettezza urbana** a Roma



di **Giuseppe Francone**

Che Roma sia sporca lo dicono tutti anche se poi le divergenze sono sulle responsabilità e sui rimedi. Gli animi si fanno più agitati quando si è vicini alle consultazioni elettorali, è il nostro caso, ma in maniera sorprendente da alcuni decenni sono tutti d'accordo: la colpa è delle amministrazioni precedenti.

Se vogliamo andare molto indietro nei tempi, già la *Lex Luilia Municipalis* (47-46 a.C.) conteneva sanzioni contro coloro, bottegai o proprietari, che non pulivano le strade davanti alle loro porte e speciali magistrati eletti dal popolo nei comizi tribuni, *i Quatorviri viis in Urbe purgandis*, si occupavano esclusivamente della nettezza urbana.

Ma per tornare a tempi relativamente più recenti, dalla fine del '500 si ha un approccio in qualche modo più moderno al problema. Sono del 1596 gli Statuti della compagnia dei mondezzari di Roma e sappiamo che negli anni successivi la nettezza urbana ha subito un progressivo ordinamento, anche in rapporto alla manutenzione delle strade, al decoro e all'igiene pubblica. I governi pontifici avevano istituito una Presidenza delle strade dotata di ampi poteri e gli editti

relativi sono ancora testimoniati dalle lapidi con le iscrizioni, agli angoli della vecchia Roma, che registrano i criteri circa la pulizia delle vie. La lapide più antica, 1646, si trova a fianco della chiesa di Sant'Agostino in via dei Pianellari e la più recente, senza data ma del '700, all'angolo fra via dei Maroniti e via della Panetteria.

Le *Taxae viarum*, le indennità che i proprietari dovevano pagare in seguito al beneficio dei lavori stradali compiuti, anticipano il concetto moderno di "tassa di miglioria".

I bandi relativi alla pulizia delle strade si susseguono numerosi, si proibisce di gettare immondizie in alcune strade e piazze e persino nel Tevere, si bandisce l'appalto per la nettezza urbana, si fissano le tariffe per il trasporto delle immondizie, si elencano i luoghi dove si possono scaricare i rifiuti.

Possiamo ben dire che la pulizia delle strade assume sempre più un carattere di servizio pubblico simile a quello praticato oggi. Si è detto che il lavoro di pulizia era dato in appalto: il governo forniva un certo numero di "forzati" e gli appaltatori provvedevano a scopatori, carrettieri, muli e carrette.

Il sistema rimase pressoché invariato anche durante il breve periodo della Repubblica Romana, con la singolare variante che un certo numero di materiale e letame doveva essere conferito alla costruzione delle barricate.

Il primo appalto dopo l'Unità è del 1871 e altri si susseguono fino al 1886, quando il Comune assumerà il servizio della nettezza urbana.

L'aumento impetuoso della popolazione, l'ampliamento della città a seguito delle nuove funzioni di capitale comportano problemi enormi sia per la raccolta che per lo smaltimento, problemi che l'amministrazione cercherà di risolvere anche attraverso lo studio e l'osservazione di quanto avveniva nelle maggiori metropoli estere. •