



Codice Appalti: Osservazioni e Proposte

Premessa

ANCI e ANCE hanno sostenuto e promosso l'introduzione di una regolazione degli appalti di lavori, forniture e servizi, coerente, semplificata, unitaria, trasparente ed armonizzata alla disciplina europea (direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE , 2014/25/UE), contenuta nel decreto legislativo n. 50/2016 e ss.mm.ii.

Hanno segnalato il rischio che una disciplina troppo articolata e derivante da diversi fonti (circa 66 provvedimenti attuativi tra decreti ministeriali, DPCM e linee guida Anac), non accompagnata da un congruo periodo transitorio ed una costante azione di assistenza e formazione del personale, avrebbe rallentato la realizzazione di opere pubbliche.

In un sistema articolato in circa 8mila Comuni, era peraltro prevedibile un impatto ordinamentale che ha creato non poche incertezze operative e conseguenti ritardi.

A questo proposito, i dati Ance evidenziano che i comuni sono stati tra gli enti appaltanti più colpiti dall'entrata in vigore del nuovo codice; nel 2016 infatti registrano un calo del 37% dell'importo complessivamente posto in gara. (su cui vedi slide n. 1).

Questo dato si accompagna ad un andamento della spesa effettiva per investimenti diversificato tra i territori. Alla caduta degli investimenti nel Mezzogiorno (-37% impegni, -35% cassa), dovuta al picco registrato nel 2015 per effetto della chiusura contabile dei fondi comunitari 2007-2013, si contrappongono un incremento piuttosto robusto nel Nord (+13% impegni, +17% cassa) a fronte di una stasi nel Centro (+3% impegni, sostanziale invarianza sul versante della cassa). In questo contesto, l'ottima *performance* dei Comuni piccoli e medi del Nord, che crescono tra il 25 e il 35% in termini sia di competenza sia di cassa, sembra un segnale indiretto delle difficoltà incontrate, nel corso dell'anno di avvio del nuovo Codice, sugli affidamenti dei lavori di maggiore importo economico.

Le stime ANCI indicano su scala pluriennale un trend positivo degli investimenti dei Comuni, la cui ripresa è un dato incontrovertibile degli ultimi tre anni, sia pure con ritmi meno intensi di quanto auspicato. ***Lo stesso DEF 2018 dà atto che “gli Enti Locali evidenziano maggiori capacità di assorbire risorse finanziarie aggiuntive”, con un aumento del 23% delle gare comunali perfezionate per opere superiori a 40mila euro (fonte ANAC).***

Dal monitoraggio del saldo di competenza 2017 dei Comuni, emerge inoltre un rilevante volume di risorse già attivate per gli investimenti comunali, anche attraverso il Fondo pluriennale vincolato, che nell'ultimo biennio resta intorno ai 17 miliardi di euro. Sempre nel 2017, i dati Ance sui bandi per lavori pubblicati dai Comuni evidenziano una crescita del 13% negli importi posti in gara. Tendenza che si conferma anche nei primi cinque mesi del 2018, con un ulteriore aumento dei valori banditi di circa il 24% (su cui vedi slide n. 1).

Tuttavia, sono ancora troppo lunghi i tempi di realizzazione delle opere pubbliche: in media, secondo il Rapporto sui tempi di attuazione e di spesa delle opere pubbliche del 2014 (DPS), **quasi 4 anni per gli appalti minori (importi di lavori fino a 500mila euro), circa 7 anni per le opere di importo compreso tra i 500mila e i 50milioni di euro e fino a quasi 15 anni per gli appalti di valore più elevato (su cui vedi slide n. 2).**

Senza interventi incisivi sulle procedure c'è il rischio concreto che una quota significativa delle risorse disponibili rimanga inutilizzata.

Il primo correttivo del Codice Appalti (decreto legislativo n. 56/2017), che ha accolto alcune proposte migliorative dell'Associazione, ha tuttavia lasciato irrisolte le criticità di fondo: **1. creare una regolazione più semplice, unitaria ed omogenea che valorizzasse le esperienze della aggregazioni già in essere (più di mille le SUA iscritte nell'Elenco ANAC cui corrispondono circa 5000 Comuni non capoluogo) per continuare il percorso di qualificazione e responsabilità delle stazioni appaltanti; 2. rilanciare la capacità di programmazione e progettazione dei Comuni, gli unici in grado di sbloccare gli investimenti; 3. incentivare l'utilizzo delle piattaforme telematiche di negoziazione per assicurare trasparenza e ostacolare fenomeni corruttivi; 4. introdurre meccanismi di deflazione del contenzioso.**

Le proposte di ANCI ed ANCE rappresentano dunque contributo costruttivo nel processo finalizzato a facilitare la realizzazione di opere pubbliche, attraverso semplificazioni, incentivi alla digitalizzazione e misure di trasparenza per il contrasto all'illegalità.

1. Attuazione Codice Appalti: una nuova partenza

A più di due anni dall'entrata in vigore, il nuovo Codice Appalti non ha trovato ancora – nonostante le migliori intenzioni – piena attuazione.

Dei 66 provvedimenti attuativi, ne sono stati adottati meno della metà (vedi tabella allegata al documento) e molti dei decreti attuativi che mancano riguardano temi fondamentali quali la qualificazione delle SUA e Centrali Uniche di Committenza o la progettazione semplificata per le manutenzioni ordinarie fino a 2.500.000 di euro.

Un intervento in tale ambito appare improcrastinabile per eliminare per le incertezze delle Amministrazioni aggiudicatrici derivanti da un eccesso di regolamentazione. Peraltro, **lo stesso Consiglio di Stato**, in sede di espressione

del parere sull'iniziale schema del Codice Appalti, aveva evidenziato come alcune norme di particolare rilevanza e impatto per le Amministrazioni Locali sembrassero **“comportare un aumento della regolamentazione rispetto a quanto richiesto dalle direttive europee, in contrasto con il divieto del cd. gold plating”**.

Proposta: Prevedere un'unica fonte regolamentare per l'attuazione del Codice appalti, **abrogando tutti i provvedimenti attuativi**. Ciò al fine di dare certezza normativa alle diverse fonti di disciplina finora adottate (D.M., DPCM, Linee Guida Anac vincolanti, etc), opportunamente riviste e coordinate. **Resta ferma la funzione di vigilanza, controllo e di deflazione del contenzioso dell' ANAC, per mantenere il presidio forte a garanzia della legalità e lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici.**

Va conseguentemente individuato un adeguato periodo transitorio che consenta alle Amministrazioni di proseguire le procedure di affidamento delle opere pubbliche.

2. Semplificazione per i Piccoli Comuni e loro aggregazioni

Le maggiori difficoltà per i Piccoli Comuni e in generale per i Comuni non capoluogo sono legate all'impossibilità di individuare in tempi ragionevoli CUC e soggetti aggregatori che siano in grado di seguire gare d'appalto, soprattutto di opere pubbliche.

Occorre una disciplina più semplice in materia di appalti pubblici, con deroghe necessarie per adattare i principi condivisibili della riforma, all'organizzazione e alla carenza di personale dei Piccoli Comuni.

Proposta: Prevedere differenti e semplici regole in materia di appalti pubblici per i Piccoli Comuni. Solo a titolo esemplificativo e non esaustivo: **1. rivedere la disciplina in materia di requisiti professionali richiesti per l'individuazione e la nomina del RUP (si pensi alla difficoltà dell'anzianità di servizio decennale per appalti di lavori fino a 1 milione di euro) e consentire che il RUP possa essere individuato anche tra dipendenti non di ruolo, e in caso di accertata carenza di organico, anche tra soggetti**

esterni alla P.A.; 2. procedura negoziata semplificata; 3. oneri di comunicazioni alle imprese semplificate per tempi e modalità; 4. Consentire per le procedure sottosoglia fino a 1 milione di euro la nomina del Presidente della Commissione aggiudicatrice all'interno della stazione appaltante.

3. Accelerare la definizione delle regole tecniche per l'utilizzo delle piattaforme di e-procurement

Dal 18 ottobre 2018 scatterà l'obbligo di utilizzare (pur se con possibilità di deroghe) esclusivamente mezzi di comunicazione elettronica per tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni con gli operatori economici negli appalti pubblici.

Di conseguenza, l'unico modo per garantire il rispetto dell'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte nelle procedure di affidamento sarà quello di utilizzare delle piattaforme elettroniche di negoziazione.

Proposta: E' quanto mai necessario accelerare nella definizione delle regole tecniche per l'utilizzo delle piattaforme di e-procurement al fine di consentire anche ai Comuni e soggetti aggregatori che intendono qualificarsi autonomamente, di dotarsi di proprie piattaforme elettroniche di negoziazione. Inoltre, vista l'approssimarsi della scadenza temporale, occorrerà evidentemente procrastinare tale termine all'entrata in vigore di tali regole tecniche.

4. Appalto integrato

L'obbligo di dover andare in gara con la sola progettazione esecutiva ha rappresentato un ostacolo al percorso di crescita degli investimenti, tanto più se legato alla difficoltà di individuare risorse e figure professionali per le sole progettazioni. Occorre ripristinare la possibilità di ricorrere all'appalto integrato per la realizzazione di investimenti pubblici, consentendo alle stazioni appaltanti di ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori sulla base **comunque, obbligatoriamente, di un progetto definitivo, considerato il fatto che quest'ultimo definisce completamente l'opera e deve**

essere già munito dei pareri ed eventuali autorizzazioni richieste. La garanzia dunque rispetto alla centralità e alla qualità del progetto è data dal rafforzamento dei contenuti dei singoli livelli di progettazione e dall'obbligo, dal 2019, della progettazione in BIM. Inoltre **l'appalto integrato appare maggiormente coerente - se del caso - con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa che consente al mercato di esprimere le reali migliorie progettuali.** Infine, una sensibile rivalutazione dello strumento dell'appalto integrato è stata già compiuta nel decreto correttivo, così come nelle norme derogatorie per il suo utilizzo, introdotte per il sisma del Centro Italia e le Universiadi 2019.

Proposta: Occorre prevedere che le stazioni appaltanti possano ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del **progetto definitivo** dell'amministrazione aggiudicatrice.

5. Offerta Economicamente più vantaggiosa

Le regole in vigore in materia di OEPV e prezzo più basso, rappresentano una delle cause di maggior blocco delle gare per la realizzazione di opere pubbliche, in quanto legate ad una specializzazione e qualificazione delle stazioni uniche appaltanti ancora inattuata. Trattandosi di semplificare per velocizzare le gare di importo contenuto, appare utile e necessario, nelle more del processo di qualificazione delle stazioni appaltanti, rendere possibile l'accesso a sistema di gara semplificati e anticollusione, soprattutto in assenza di complessità tecnica tale da non richiedere criteri di aggiudicazione molto più complessi quali quelli dell'OEPV.

Proposta: Consentire per i lavori di importo pari o comunque non superiore alla soglia comunitaria, l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa **solo in presenza di complessità tecnica dell'appalto.** Innalzare conseguentemente fino alla soglia comunitaria (attualmente è 2 milioni di euro) l'importo dei lavori aggiudicabili con il criterio del prezzo più basso, sulla base del progetto esecutivo, con obbligo dell'esclusione automatica delle offerte anomale e con metodo antiturbativa semplificato rispetto all'attuale.

6. Subappalto

La disciplina vigente in materia di subappalto sta rallentando lo svolgimento delle gare in quanto prevede che per gli appalti superiori alla soglia comunitaria, in sede di gara, l'operatore economico partecipante indichi una terna di subappaltatori.

Per i subappaltatori indicati, ai sensi dell'art. 80, comma 1 e 5, del D.lgs 50/2016, l'operatore economico partecipante deve autocertificare l'assenza di motivi di esclusione in capo al subappaltatore, la cui presenza comporta l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara.

L'estensione dei controlli sui requisiti generali anche ai subappaltatori indicati dal concorrente appare un eccessivo aggravio procedurale sia per la stazione appaltante che per l'operatore partecipante, soprattutto in considerazione del fatto che in fase esecutiva i subappaltatori indicati possono essere sostituiti in caso sussistano motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80 così come disposto dall'art. 105, comma 12.

Proposta: Si propone l'eliminazione dell'obbligo per il concorrente, di indicare in sede di partecipazione alla gara, la terna di subappaltatori su cui quindi fare il controllo rispetto ai requisiti generali. In alternativa, si potrebbe eliminare il controllo dei requisiti generali dei subappaltatori indicati, in quanto è sempre possibile la sostituzione in fase esecutiva o si potrebbe richiedere solo all'operatore aggiudicatario di indicare la terna dei subappaltatori prima della stipulazione del contratto. Questa ultima proposta consentirebbe di avere l'indicazione dei subappaltatori a ridosso dell'esecuzione del contratto con la conseguenza che i subappaltatori indicati saranno poi realmente gli esecutori dei lavori.

7. Qualificazioni Stazioni Appaltanti e CUC

Uno dei principi cardine del nuovo Codice degli appalti è quello della qualificazione delle stazioni appaltanti e CUC. Si ritiene che tale principio debba però attuarsi attraverso una regolazione che valorizzi le aggregazioni già esistenti

(Unioni e Convenzioni tra Comuni non capoluogo in essere per la gestione obbligatoria in forma associata della funzione).

Proposta: Occorre chiarire che la qualificazione delle SUA e delle CUC sia possibile per il complesso delle attività di cui all'articolo 38 del Codice Appalti ma relative ad **ogni singolo ambito**: 1. *Programmazione e progettazione*; 2. *affidamento*; 3. *verifica e esecuzione del contratto*.

In sostanza occorre consentire alle SUA e alle CUC di qualificarsi per svolgere anche singolarmente ciascuno dei tre ambiti di attività previsti dalla norma.

Inoltre, i **soggetti aggregatori Città Metropolitane e Province** (articolo 9 comma 2 DL 66/2014, convertito in legge n. 89/2014) **devono** – al pari dei soggetti aggregatori regionali – **essere considerati qualificati di diritto**, al fine di poter svolgere funzioni di CUC e SUA in ambito regionale anche al di fuori delle ipotesi di cui al comma 3 dello stesso articolo 9 della surrichiamata norma.

8. Il Contenzioso

Nonostante la percezione di blocco delle opere pubbliche dovuta al contenzioso sia molto alta, in realtà, in base ad un'indagine statistica del Consiglio di Stato pubblicata il 31 dicembre 2017 su dati ANAC e del sistema informativo della giustizia amministrativa, **la percentuale di appalti impugnati – nel biennio 2015/2016** – dinanzi al giudice amministrativo è **meno del 3%** del totale degli appalti banditi.

L'effetto bloccante delle sospensive dei TAR riguarda meno di 1/3 delle procedure impuginate.

Le percentuali aumentano quando aumenta il valore dell'appalto. In particolare, i dati dei *grandi appalti* ANAS e Consip, dimostrano come nel biennio 2015-2016, il 30% circa delle procedure bandite siano state impuginate, ma le “sospensive” risultano essere pari all'1% delle procedure impuginate.

Sui tempi di definizione delle controversie in materia di appalti, la riforma del processo amministrativo del 2010 ha introdotto un rito speciale per gli appalti che negli ultimi anni ha molto aiutato a ridurre i tempi del contenzioso. Secondo

uno studio dell'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi, nel periodo 2009-2013, il tempo medio di definizione del ricorso, con sentenza in primo grado, nel merito, è di 234 giorni, se la sospensiva è accolta, di circa 333 giorni, se la sospensiva è respinta. In Francia e Germania, la durata delle liti di primo grado è tra i 200 e i 365 giorni, quindi siamo nella media europea.

Ciò detto, tuttavia, le percentuali di blocco “percepite”, sono sensibilmente più elevate. Ciò anche a causa dei provvedimenti di autosospensione delle stazioni appaltanti, in assenza di un provvedimento giurisdizionale cautelare.

Proposte di misure per accelerare la definizione del contenzioso in materia di appalto

Tra le misure di carattere sostanziale per accelerare la definizione dei contenziosi, soprattutto in materia di lavori pubblici, si propone:

1. per i “grandi appalti” che hanno ad oggetto realizzazione di infrastrutture per la riduzione ad esempio del rischio idrogeologico (vedi ad esempio il caso di Genova) o la costruzione di edifici pubblici di importo superiore alla soglia comunitaria, può introdursi la misura **già vigente in materia di infrastrutture strategiche di cui all'articolo 125 comma 2 cpa, in forza del quale “in sede di pronuncia del provvedimento cautelare si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale e locale alla sollecita realizzazione dell'opera.. (omissis)”** ;
2. rafforzare le sezioni specializzate in materia di impresa – **cd Tribunale delle Imprese (introdotte dal decreto legislativo n. 168 del 2003)** – con la previsione di una o più sezioni specifiche che si occupino esclusivamente di tutte le controversie, di qualunque importo (oggi trattano solo quelle sopra soglia) aventi ad oggetto contratti pubblici di appalti di lavori, servizi e forniture;
3. ulteriore diminuzione dei tempi del contenzioso amministrativo, con **eliminazione del giudizio cautelare** a favore della definizione del giudizio

- unicamente con sentenza di merito in forma semplificata a udienza fissata d'ufficio **entro trenta giorni** dalla costituzione delle parti ovvero ristorando l'impresa ricorrente, in caso di vittoria in giudizio, del cd mancato utile;
4. **disincentivare i ricorsi giurisdizionali** introducendo penalizzazioni in casi di cd liti temerarie;
 5. **potenziare il potere dell'ANAC** in sede di pre contenzioso, prevedendo misure per l'utilizzo del parere vincolante, anche al fine di evitare la proposizione di ricorso avverso il parere stesso;
 6. **introdurre deroghe al principio dello stand still solo** per le opere strategiche di importo elevato;
 7. potenziare lo strumento dell'**accordo bonario** nella fase esecutiva del contratto di appalto, insieme ad altri strumenti di deflazione del contenzioso giurisdizionale (tra cui, ad esempio, il Collegio Consultivo Tecnico).
 8. eliminare la responsabilità amministrativo-contabile in caso di provvedimenti adottati dalle stazioni appaltanti in attuazione di indicazioni dell'ANAC o anche in presenza di indirizzi giurisprudenziali divergenti.

9. Affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria

La semplificazione delle procedure relative agli incarichi di progettazione è necessaria per velocizzare le procedure di programmazione e affidamento di opere pubbliche.

In base all'art. 36, comma 2, lett. b, del Codice, per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore alle soglie di cui all'art. 35, per le forniture e i servizi, può procedersi mediante procedura negoziata previa consultazione di almeno cinque operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. La soglia di cui al richiamato art. 35, per le amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali, è di euro 209.000. L'articolo 157 comma 2 del Codice, che disciplina gli incarichi di progettazione, abbassa tale soglia a 100.000 euro, con evidente disparità di trattamento nell'ambito della categoria di servizi. Considerando che viene richiesto dalla normativa un progressivo incremento qualitativo e quantitativo delle attività progettuali e direzionali, con parallelo incremento dei relativi importi, sono sempre di più i casi ricadenti tra le due soglie. Ciò diventa

causa di notevoli rallentamenti nelle procedure propedeutiche all'esecuzione dei lavori pubblici.

Proposta:

Riportare gli affidamenti di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nell'ambito generale dei servizi e delle forniture, per quanto riguarda la soglia limite per affidamenti tramite procedura negoziata, che risulta fissata ad euro 209.000.

11. Procedure negoziate sottosoglia

Il meccanismo del sorteggio "tout court" delle imprese per le procedure negoziate fino a 1 milione di euro, non garantisce la necessaria qualificazione richiesta e produce effetti potenzialmente distorsivi del mercato.

Proposta: per i lavori fino a 40.000 euro: favorire l'applicazione della disposizione sull'affidamento diretto; per i lavori sopra i 40.000 euro e fino a 150.000 euro: RUP sceglie liberamente gli invitati, anche attraverso criteri che favoriscono l'imprenditoria locale, sempre nel rispetto del principio di rotazione degli inviti; per i lavori sopra i 150.000 euro e fino a 500.000 euro: il RUP utilizza un meccanismo di "sorteggio pubblico qualificato", che preveda di riservare il 50% degli inviti alle imprese "locali" idoneamente qualificate e che hanno manifestato interesse, ed il restante 50% a tutte le altre imprese che hanno manifestato interesse, sempre idoneamente qualificate; per i lavori sopra i 500.000 e fino ad 1 milione di euro: procedura aperta e procedura negoziata con indagine di mercato e obbligo per la stazione appaltante di invitare tutti i soggetti idoneamente qualificati che hanno manifestato interesse - in entrambi i casi - con semplificazioni procedurali (gara con metodo antiturbativa, solo con l'offerta, verifiche a "campione" in gara e verifica dei requisiti solo per l'aggiudicatario come previsto dall'articolo 36 comma 5 del Codice).