

Sblocca Cantieri e Codice dei contratti, il punto di vista di Gabriele Buia (ANCE)

26 Giugno 2019

L'analisi di qualsiasi problema (che non sia strettamente matematico) non può prescindere da una valutazione complessiva che comprenda i diversi punti di osservazione dai quali possono arrivare differenti input. È il caso dell'analisi delle modifiche introdotte dal decreto **Sblocca Cantieri** (D.L. n. 32/2019 convertito con modificazioni dalla Legge n. 55/2019) al **Codice dei contratti** (D.Lgs. n. 50/2016).

Modifiche che hanno tracciato un solco verso una nuova idea di contratti pubblici e che hanno certamente stravolto la filosofia con la quale era stato concepito il Codice del 2016. Per comprendere al meglio alcune delle modifiche più importanti il portale www.lavoripubblici.it ha sottoposto alcune domande ai principali stakeholder che hanno contribuito ai lavori parlamentari di conversione in legge del D.L. n. 32/2019. Dopo aver ascoltato il Vicepresidente del **Consiglio Nazionale degli Architetti PPC (CNAPPC)** e Coordinatore del Tavolo "Lavori Pubblici" della **Rete delle Professioni Tecniche, Rino La Mendola**, il **Direttore Generale FINCO, Angelo Artale**, il Presidente della Fondazione Inarcassa, **Egidio Comodo** e il Consigliere e responsabile dell'Osservatorio bandi del **Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI), Michele Lapenna**, è il turno della parte che rappresenta le imprese di costruzione.

1. La conversione in legge del decreto c.d. Sblocca Cantieri arriva dopo lunghi passaggi parlamentari che hanno stravolto l'articolato predisposto dal Governo. Pensa che il testo del D.L. n. 32/2019 ne sia uscito migliorato?

Alcuni profili sono stati migliorati, anche se continuano a permanere delle criticità. In linea generale, però, è apprezzabile il fatto che, grazie all'intesa finale trovata dalla maggioranza, non sia andato perso il lavoro svolto negli ultimi mesi, come invece si era temuto in un primo momento, e si sia deciso di mantenere alcuni importanti principi per le imprese. Tra questi, ad esempio: la possibilità di estendere a 15 anni, in luogo di dieci, l'arco temporale di riferimento per l'acquisizione dell'attestazione Soa. Si tratta di una misura positiva, in ragione del grave periodo di crisi in cui versa il settore da oltre dieci anni, caratterizzato da una forte e generalizzata contrazione dei fatturati, dovuta al crollo degli appalti in termini di numero, importo e diversificazione delle tipologie di qualificazioni richieste.

Al riguardo, va tuttavia evidenziato che la modifica non è completamente in linea con quanto auspicato da ANCE, vale a dire l'introduzione della possibilità per l'impresa di utilizzare tutta l'esperienza maturata nel tempo per la qualificazione, sempreché siano presenti, negli ultimi esercizi, alcuni indici patrimoniali, economici e finanziari atti a dimostrare l'esistenza in vita delle imprese, premiando così quelle che in questi anni hanno resistito strenuamente.

Sempre in chiave positiva, va citato il recupero del limite massimo di punteggio attribuibile al prezzo in caso di OEPV - non più del 30% - che in un primo momento era stato abrogato dal decreto, e che invece è fondamentale per evitare logiche di massimo ribasso mascherato, e l'eliminazione delle irregolarità fiscali e contributive non definitivamente accertate tra le cause di esclusione dalle gare, che avrebbero alimentato un forte contenzioso in gara, a causa dell'alto rischio di esclusioni disposte nei confronti di soggetti riconosciuti, poi, regolari. Permangono comunque delle criticità nel provvedimento, come ad esempio quelle legate alla disciplina del subappalto, il cui utilizzo è stato

ulteriormente limitato dalla legge di conversione, abbassando la percentuale massima dal 50% al 40%, in contrasto con quanto richiesto dalla Commissione Europea, o anche la sospensione dell'obbligo di ricorrere a commissari esterni, che avrebbe dovuto garantire la "bontà" dell'operato della pubblica amministrazione, in presenza di un criterio altamente discrezionale come l'OEPEV. Inoltre, in linea generale, avremmo auspicato che, in un'ottica di effettivo "sblocco" del paese, fossero introdotte misure più stringenti per favorire il rapido utilizzo delle risorse e per porre fine alla c.d. "burocrazia difensiva". In quest'ottica sarebbe stato opportuno, ad esempio, accelerare i processi autorizzativi a "monte" delle procedure, in un'ottica di massima semplificazione, nonché rivisitare il reato di abuso di ufficio e la responsabilità erariale dei pubblici funzionari, al fine di non rendere più conveniente il "non fare" rispetto al "fare".

2. Lo Sblocca cantieri interviene in modo chirurgico su alcune delle caratteristiche principali che avevano costituito i principi cardine del Codice dei Contratti. Ritiene che la strada intrapresa sia corretta?

La strada è giusta nel senso che il provvedimento è stato un primo segno tangibile della volontà del Governo di mettere il settore delle costruzioni al centro dell'agenda politica ed economica del Paese. Esso, tuttavia, rappresenta più un correttivo che un provvedimento "sblocca cantieri" e consente di superare solo alcune delle criticità connaturate alla riforma del 2016. In questo contesto, è apprezzabile, ad esempio, la scelta di abbandonare, pressoché definitivamente, il criterio del massimo ribasso "puro" - che nel corso degli anni ha dimostrato la sua pericolosità in termini di distorsioni applicative e prestazioni di scarsa qualità - a favore dell'esclusione automatica delle offerte anomale con metodo "antiturbativa". Altrettanto condivisibile è la volontà di abbandonare il cd. sistema della "soft law" Anac che, purtroppo, ha manifestato tutta la sua fragilità ed inefficacia, tornando ad un Regolamento Generale, capace di restituire coerenza normativa alla disciplina attuativa del Codice. Dobbiamo, invece, prendere atto che i due capisaldi della riforma del 2016, fortemente condivisi da Ance, e rappresentati dalla qualificazione delle stazioni appaltanti e dall'albo dei commissari esterni, costituiscono obiettivi definitivamente falliti della riforma, rispetto ai quali lo "sblocca cantieri" non sembra riuscito a porre rimedi. Anzi. L'albo dei commissari esterni, infatti, fa parte delle disposizioni transitoriamente sospese del Codice, con conseguente ritorno alla possibilità per le amministrazioni di scegliere internamente i componenti della commissione.

3. Vengono sospese alcune disposizioni del Codice fino al 31 dicembre 2020. Pensa che gli appalti ne avranno dei benefici?

La sospensione del divieto di appalto integrato è senz'altro positiva, in quanto dovrebbe favorire una più rapida cantierizzazione delle opere, attraverso la possibilità di mettere in gara anche progetti definitivi. Altrettanto positiva, in tema di subappalto, è la sospensione dell'obbligo di indicazione della terna in gara, che è stata fonte di numerosi problemi interpretativi ed applicativi, sia per le imprese che per le amministrazioni. Il superamento di tale obbligo indicativo, tuttavia, avrebbe dovuto essere previsto in via strutturale e non transitoria, per essere pienamente rispondente ai rilievi comunitari e agli obiettivi di "sblocco" del settore perseguiti dal Governo. Del tutto negativa è, invece, la sospensione, sia pure temporanea, dell'obbligo di scegliere commissari esterni, che depotenzia una previsione di primaria importanza, in quanto finalizzata a garantire l'effettiva terzietà di giudizio della commissione di gara, quanto mai necessaria considerato il carattere altamente discrezionale del criterio dell'OEPEV.

4. Viene sospeso fino al 31 dicembre 2020 l'articolo 59, comma 1, quarto periodo del Codice (E' vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori, ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico-privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'art. 1,

comma 2, lett. e), ma non il precedente terzo periodo (Fatto salvo quanto previsto al comma 1-bis, gli appalti relativi ai lavori sono affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto, come definito dall'articolo 23, comma 8, garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti.). Pensa sia sufficiente per far tornare l'appalto integrato?

Da un punto di vista formale la sospensione non è stata formulata in modo perfettamente corretto. Infatti, non viene sospeso il terzo periodo del comma 1 della norma e nemmeno il comma 1-bis della stessa, che conteneva l'eccezione al divieto di appalto integrato per le opere con prevalente elemento tecnologico o innovativo. Rispetto a tale fatto qualcuno ha sollevato il dubbio di una possibile limitazione degli effetti derivanti dalla sospensione della norma, con conseguente contenimento delle reali possibilità di ricorrere - transitoriamente - all'appalto integrato. A nostro avviso, tuttavia, si tratta di problemi causati da una tecnica legislativa non particolarmente felice, pienamente risolvibili sul piano interpretativo, alla luce delle finalità perseguite dal legislatore. L'obiettivo della sospensione è quello di rendere pienamente operativo l'appalto integrato, in via transitoria, senza alcuna eccezione. Ogni interpretazione di diverso tipo renderebbe del tutto priva di efficacia la novella legislativa, vanificando la finalità di sblocco e crescita degli appalti che il Governo intende invece perseguire.

5. La modifica all'articolo 36 del Codice aumenta al milione di euro la procedura negoziata. Pensa sia un rischio per la trasparenza negli appalti?

La reintroduzione della procedura negoziata per importi fino ad 1 milione di euro, va considerata positivamente, perché risponde a precise esigenze di semplificazione connesse agli appalti di importo contenuto. Il limite dei 200 mila euro previsto dal testo iniziale del decreto era effettivamente troppo basso. Ciò premesso, è di fondamentale importanza che in tali procedure sia sempre garantita piena trasparenza ed un adeguato livello di concorrenza. Sotto quest'ultimo profilo, purtroppo, c'è stato un abbassamento di livello rispetto alla normativa precedente, soprattutto per la fascia di importo da 40 a 150 mila euro. Infatti, il numero di concorrenti si è ridotto da 10 a 3 e sembra venuto meno l'obbligo di espletare una vera procedura di gara, essendo consentito l'affidamento diretto, previa valutazione di 3 preventivi. E', quindi, auspicabile che siano le stesse amministrazioni a garantire un maggior livello di concorrenza, visto che nulla vieta loro di elevare il numero dei soggetti da invitare, andando oltre il minimo imposto dalla legge; fatto, questo, utile anche al fine di poter applicare l'esclusione automatica delle offerte anomale, che presuppone sempre un minimo di 10 offerte ammesse.

6. E' chiara la volontà del legislatore di rivedere la parte dell'ANAC. Pensa che l'Italia sia matura per una regolazione flessibile?

La scelta di demandare integralmente la disciplina attuativa del Codice alle cd. "soft law" dell'ANAC ha fallito, per diverse ragioni. La realtà è che demandare ad una fonte regolamentare "atipica" e non cogente, come le Linee Guida Anac, una parte così delicata della disciplina dei contratti pubblici, ha determinato un clima di fortissima incertezza ed ha frenato, per molto tempo, l'attività dei pubblici funzionari, spaventati dall'idea di sbagliare ed essere chiamati a rispondere. Per questa ragione è assolutamente positivo il ritorno ad un Regolamento Generale, che costituisce il presupposto essenziale per garantire la necessaria certezza delle regole e la loro uniforme applicazione da parte delle amministrazioni.

7. L'art. 4 dello sblocca cantieri istituisce la figura del commissario straordinario per gli interventi infrastrutturali ritenuti prioritari, ai quali spetterà l'assunzione di ogni determinazione ritenuta necessaria per l'avvio ovvero la prosecuzione dei lavori, anche sospesi, provvedendo all'eventuale rielaborazione e approvazione dei progetti non ancora appaltati, operando in raccordo con i Provveditorati interregionali alle opere pubbliche,

anche mediante specifici controlli operativi per l'applicazione delle migliori pratiche. Cosa ne pensa di questa disposizione?

Tali previsioni appaiono fortemente critiche. Si produce, infatti, un'estensione del modello commissariale previsto per la ricostruzione del Polcevera, caratterizzato da forti poteri derogatori, a casi e situazioni non connotate dalla medesima condizione di straordinarietà. Naturalmente, per realizzare celermente gli interventi infrastrutturali prioritari o le opere da "sbloccare", è senz'altro indispensabile semplificare le procedure "a monte" della gara, relative alle fasi di programmazione e approvazione dei relativi progetti, sul modello del Commissario per la tratta dell'Alta Velocità Napoli-Bari. La fase di affidamento delle opere, però, dovrebbe avvenire nel pieno rispetto delle procedure previste dal Codice dei contratti e dalla legislazione ad esso connessa, in omaggio al principio di concorrenza.

8. Sull'incentivo alla progettazione per i tecnici della PA c'è stato un continuo ripensamento che ha condotto alla fine il Parlamento a mantenere inalterato l'articolo 113, comma 2 del Codice. Crede che i tecnici della PA dovrebbero essere valorizzati nella loro funzione di progettisti, oppure si dovrebbero occupare esclusivamente di programmazione e controllo?

Condividiamo la scelta di responsabilizzare e valorizzare le professionalità interne alla Pa anche nella fase di progettazione, soprattutto nei casi in cui anche le fasi di programmazione e gestione vengono svolte in modo efficace. E' un'occasione unica per promuovere la crescita professionale interna alla pubblica amministrazione. Certamente questa scelta non può risultare percorribile ed efficace in ogni situazione e in particolare nei casi di progetti complessi. In tutti questi casi è opportuno rivolgersi a professionisti esterni, assicurando qualità alla progettazione e tempi certi di realizzazione delle opere.

Vale la pena, infatti, ricordare che le fasi che precedono la gara per l'aggiudicazione dei lavori, secondo l'ultimo rapporto sui tempi di realizzazione delle opere pubbliche in Italia della Presidenza del Consiglio dei Ministri, coprono oltre il 70% di tutto il processo realizzativo e che il 54% dei tempi totali riguarda i cosiddetti tempi di attraversamento, ovvero i tempi delle burocrazia necessari per il passaggio da una fase all'altra.

9. E' in corso la conversione del Decreto crescita che, tra le altre cose, per la messa in sicurezza degli edifici pubblici adibiti a uso scolastico anche di importo pari o superiore a 200 mila euro e fino alla soglia di cui all'articolo 35, prevede che gli enti locali beneficiari di finanziamenti e contributi statali possano utilizzare la procedura negoziata con consultazione, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti, di almeno 15 operatori. Ritiene sia corretto?

Non condividiamo affatto tale previsione, in quanto porta ad un eccessivo ampliamento di una procedura che, comportando un limitato livello di concorrenza, secondo le direttive UE, dovrebbe restare eccezionale e connessa a casi specifici. Tuttalpiù, coerentemente con quanto è stato previsto nello "sblocca cantieri", tale possibilità, potrebbe essere ammessa fino ad 1 milione euro, ossia per appalti di importo comunque contenuto. Oltre tale soglia, si ricade in una fascia d'importo rilevante, nella quale trovano applicazione i principi comunitari, che ostano alla generalizzazione della procedura. Senza contare che in tale modo si finirebbe per sottrarre al libero mercato e alla concorrenza una fascia di appalti in cui si colloca la stragrande maggioranza degli affidamenti in Italia. Auspichiamo, quindi, che ci sia un ripensamento della previsione.

10. Ci dia un giudizio complessivo sull'operato del Governo in questo primo anno di attività.

Diamo atto a Governo e Parlamento di aver voluto dare, in questi ultimi mesi con il decreto sblocca cantieri e il decreto crescita, un segnale importante di attenzione nei confronti di un settore strategico per la crescita e per il benessere della collettività, come quello delle opere pubbliche. Non è un caso che uno dei due provvedimenti varati dall'esecutivo porti il nome dell'iniziativa e del rispettivo sito, sbloccacantieri.it, che l'Ance ha lanciato oltre un anno fa per denunciare, con il coinvolgimento dei cittadini e dell'opinione pubblica, lo stallo di tante opere utili per i cittadini. Si tratta però solo di un primo passo non ancora sufficiente per far tornare il nostro Paese ai livelli di competitività e di sviluppo che merita. Ci attendiamo quindi nei prossimi mesi maggiore incisività e la volontà concreta di affrontare i nodi cruciali che ci impediscono di crescere, rilanciando con forza gli investimenti pubblici, determinanti per l'aumento del Pil. Dobbiamo aggredire il vero male: la burocrazia. Dobbiamo snellire, semplificare e rendere efficiente la macchina amministrativa. Questa è la madre di tutte le riforme, non più rimandabile.