



Istituto Grandi Infrastrutture

CONVEGNO

RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE 2014:

ADESSO, SPETTA AL GOVERNO!

NOTE ESPLICATIVE

Roma, 9 febbraio 2016

Per questioni di tempo, il Convegno del 9 febbraio non ha potuto prendere in esame altri temi della legge-delega, di importanza certamente inferiore, ed ai quali abbiamo voluto, nonostante tutto, dedicare alcune riflessioni in queste brevi note esplicative, non senza tener conto anche delle ulteriori modifiche al Codice dei contratti apportate di recente dalla legge sulla green economy.

1) Con riferimento a **PMI e lotti**, la legge-delega, seguendo il copione comunitario (o unionista?) dedica numerose disposizioni alle micro, piccole e medie imprese, a cominciare dalla lett. i), dove si ospita un coinvolgimento di tali unità produttive nella realizzazione delle infrastrutture strategiche, alle cui gare, talvolta, non riescono ad accedere da sole nemmeno le grandi imprese. In verità, la norma non precisa che tale coinvolgimento debba avvenire fin dalla scelta del contraente generale - il che sembra assurdo, anche perché significherebbe imporre alle PMI di iscriversi all'albo dei *general contractors* - o nella fase esecutiva, come già avviene. La norma contenuta nella lett. ccc) è dedicata a tutto ciò che è piccolo (imprese e progettisti, per i quali ultimi viene coniato l'espressione "*piccoli e medi operatori economici*"). Soprattutto, è molto insistito il concetto di non accorpare i contratti (artificiosamente: il che non è facile a contestare e, comunque, diventa occasione di contenzioso).

2) Di particolare interesse è il riferimento alle "***misure premiali***" (sono quelle del *rating*?) per le grandi imprese che coinvolgono le PMI fin dalla gara (come ciò possa avvenire è tutto da scoprire, atteso il livello dei requisiti richiesti nelle grandi opere).

3) Questo "*auspicio*" ricompare, insieme con "*criteri e modalità premiali*", nella successiva lett. ddd), che si preoccupa della **manodopera locale** (come se non fosse normale avvalersi di quella locale anche da parte di imprese di altre zone!).

4) Soprattutto la disposizione fornisce un criterio di delega per le **clausole sociali** (che cos'è la filiera corta?).

5) Infine, nella lett. rrr), dedicata al **subappalto**, si tratteggia un futuro delle gare di non facile gestione, perché i concorrenti dovranno non solo indicare le prestazioni che intendono subappaltare, ma anche segnalare il nominativo di tre subappaltatori per ogni tipologia di attività previste in progetto. In sostanza, i concorrenti da scrutinare ai fini dell'ammissione andranno moltiplicati per le tipologie previste nel bando (o nel progetto?).

Un altro criterio indirizzato al legislatore delegato riguarda il pagamento dei subappaltatori, che potrà essere effettuato direttamente dalla stazione appaltante (il che pone problemi di non semplice soluzione, visto che non c'è un impegno di spesa a favore del subappaltatore).

Infine, non si capisce il riferimento agli enti costituzionali a statuto speciale, i quali possono disciplinare ulteriori casi di pagamenti diretti. Non si capisce perché, al pari delle Regioni a statuto ordinario, le Regioni a statuto speciale e le Province autonome non possono legiferare in materia contrattuale. Cosa diversa è, se inseriscono tale possibilità nei capitoli speciali, perché in questo caso agiscono come amministrazione e non come legislatore.

6) Con riguardo alla **legge-obiettivo**, la questione preliminare è se transiterà nel prossimo Codice, come lasciano prevedere le lett. i), ee), ll), mm), sss), e l'art. 9 o, se ciò nonostante, debba ritenersi abrogata come dichiarato dal viceministro Nencini in una recente intervista.

In verità, l'elemento che darebbe in parte ragione al viceministro è la lett. sss), che parla di *"espresso superamento"* della legge-obiettivo. Probabilmente, la soluzione sta proprio nella parola *"superamento"* che sembra sottintendere una rivisitazione più che un'abrogazione delle disposizioni contenute negli articoli da 161 a 181 del Codice 163. Diversamente, non si spiegherebbero i rinvii alle infrastrutture strategiche, al contraente generale, all'albo dei contraenti generali e al divieto di nomina del direttore dei lavori da parte del contraente generale.

7) Quanto alle **linee-guida**, la questione ruota tutta intorno alla loro vincolatività. Probabilmente, per definire questo nuovo istituto, bisognerà partire stabilendo che cosa non è!

Per questioni di tempo, il Convegno del 9 febbraio non ha potuto prendere in esame altri temi di importanza non inferiore, che riguardano l'appalto integrato, le varianti, le concessioni, il massimo ribasso.

8) L'**appalto integrato** di cui alla lett. oo) viene drasticamente (o radicalmente) ridimensionato e, anche nei pochi casi in cui sarà utilizzabile, non potrà avere a base d'asta la progettazione preliminare. È singolare il fatto, che, mentre si privilegia il criterio che finora è stato individuato come offerta economicamente più vantaggiosa, si vieti l'appalto integrato che è il sistema di elezione dei meccanismi di aggiudicazione che non sono basati esclusivamente sul prezzo. D'altra parte, se il progetto da offrire al confronto concorrenziale è quello esecutivo, non si vede quale apporto diverso dal prezzo possono offrire i concorrenti, a meno di non generalizzare le offerte con varianti, con un inutile allungamento della filiera di gara. L'approdo normativo della legge-delega, però, è conseguenza dell'errata applicazione dell'appalto integrato, il quale nacque come alternativa al troppo costoso appalto-concorso. L'ipotesi di partenza fu impostata su una dettagliata analisi dei prezzi, completata da uno studio di fattibilità molto puntuale, e ai concorrenti si chiedeva soltanto un'offerta economica. Spettava poi all'aggiudicatario sviluppare il progetto esecutivo una volta contrattualizzato il rapporto. Lo spunto fu offerto dagli articoli sull'edilizia sovvenzionata contenuti nelle Direttive (art. 61 del Codice 163). La norma fu ripresa e generalizzata dalla Direttiva 89/440 che introdusse il cosiddetto terzo tipo di appalto, che la legge-obiettivo confinò nell'ambito delle infrastrutture strategiche, precludendo lo sviluppo di soluzioni per così dire *"innominate"*.

9) Per quanto riguarda le **varianti in corso d'opera**, anche su questo si è abbattuta la scure del legislatore delegante, il quale ha voluto ribadire che le varianti non possono superare determinate soglie (6/5?) e che il progettista deve essere chiamato a rispondere delle varianti dovute ad errori progettuali. Innovativa è poi la previsione che le varianti sono autorizzate dal RUP.

10) A proposito della **concessione**, vi è da notare che la lett. hhh) non si limita soltanto a ripetere quanto previsto nella Direttiva 23, ma va ad incidere anche sulle concessioni assentite in passato. Le criticità - va ricordato - sono dovute alla sopravvalutazione delle previsioni di entrata e all'accettazione acritica di tali previsioni da parte del concedente.

Quanto alle disposizioni di cui alla lett. iii), la quale obbliga ad esternalizzare con le regole dell'evidenza pubblica comunitaria l'80% dei lavori, servizi e forniture delle concessioni in

essere o di nuova aggiudicazione, bisogna precisare che il problema per il futuro non dovrebbe proporsi, mentre per il passato si tratta di diritti quesiti. In ogni caso, non si considera che l'assetto organizzativo di una concessione è basato su scelte che oscillano tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione, ragion per cui la norma va intesa in senso comunitariamente orientato. Questo significa che, siccome la Direttiva 23 lascia ampia scelta al concessionario in ordine all'organizzazione dell'operazione, la disposizione che impone di affidare all'esterno con le gare comunitarie l'80%, ha come sottinteso: *"nel caso che il concessionario decida di esternalizzare le attività"*. Inoltre, se, come sostenuto anche recentemente dal Tar Trento sulla base di precedenti del Consiglio di Stato, i concessionari diversi da quelli prettamente privati sono organismi di diritto pubblico, ciò significa che non può essergli interdetto il ricorso all'*in house*.

11) Con riguardo all'**offerta economicamente più vantaggiosa**, non sembra inutile la precisazione che, con questa espressione, le nuove Direttive non individuano più il criterio di aggiudicazione alternativo al massimo ribasso ma intendono denotare l'offerta migliore, sia essa conseguita con il massimo ribasso sia quella ottenuta applicando il criterio del costo-beneficio o, ancora, quello basato sulla valutazione del solo elemento tecnico.



Come anticipato, contestualmente all'approvazione della legge-delega, lo scorso 18 gennaio, è stata poi pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la **legge 23 dicembre 2015, n. 221** (*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*), che ha apportato le seguenti modifiche al Codice dei contratti, in vigore dal prossimo 2 febbraio.

Con riferimento alla **cauzione provvisoria** (art. 75, comma 7), nelle gare per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, le imprese registrate al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) o certificate UNI EN ISO 14001 potranno beneficiare di una riduzione, rispettivamente, del 30% e del 20% sull'importo della cauzione provvisoria. Queste riduzioni saranno cumulabili con quelle già previste dal Codice, relative alla certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee UNI CEI ISO 9000. Un ulteriore "*sconto*" del 20% (sempre cumulabile con i precedenti) sarà previsto, nelle sole gare di servizi e forniture, in favore delle imprese che siano in possesso del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE). Infine, nelle gare di lavori, servizi e forniture, una detrazione del 15% sarà ammessa per le imprese che sviluppino un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067.

Tra i criteri di valutazione dell'**offerta economicamente più vantaggiosa** (art. 83), è stato inserito anche il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi, oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30% del valore del contratto. Inoltre, ai fini della valutazione, potranno essere presi in considerazione i consumi di energia e delle risorse naturali, le emissioni inquinanti e i costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio. Infine, sarà possibile individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa anche in base alla compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate all'attività dell'azienda.



Istituto Grandi Infrastrutture

Sotto il profilo delle **specifiche tecniche**, è stata introdotta una nuova disposizione (art. 68-bis), con la quale è fatto obbligo alle P.A. di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali attraverso l'inserimento, nella documentazione di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei diversi decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio per determinate categorie di forniture e servizi (ad es., acquisto di lampade per illuminazione pubblica o servizi energetici per gli edifici).

Anche la norma sull'**Osservatorio dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture** (art. 7, comma 4), ha subito una modifica, essendo stato previsto, tra i suoi compiti, anche il monitoraggio dell'applicazione dei criteri ambientali minimi contenuti nei citati decreti ministeriali e del raggiungimento degli obiettivi ambientali.

Infine, con riferimento ai **bandi-tipo** (art. 64, comma 4-bis), è stato stabilito che i testi dei disciplinari dovranno essere integrati con i citati criteri ambientali minimi.