POLITECNICO DI TORINO
Repository ISTITUZIONALE

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, tra innovazioni e criticità

Original
Il nuovo Codice dei contratti pubblici, tra innovazioni e criticità / Prizzon, F., Rebaudengo, M.. - In: TERRITORIO ITALIA. - ISSN 2240-7707. - (2017), pp. 119-129. [10.14609/Ti_1_17_5i]

Availability:
This version is available at: 11583/2698435 since: 2020-01-30T22:16:26Z

Publisher:
Agenzia delle Entrate

Published
DOI:10.14609/Ti_1_17_5i

Terms of use:

This article is made available under terms and conditions as specified in the corresponding bibliographic description in the repository

Publisher copyright

(Article begins on next page)

12 September 2026

*Francesco Prizzon
**Manuela Rebaudengo

Il nuovo codice dei contratti pubblici, tra innovazioni e criticità

DOI: 10.14609/Ti_1_17_5i

Parole chiave: **Riforma del Codice dei Contratti, Soft law, Studi di Fattibilità, Progetto di Fattibilità tecnica ed economica, Offerta Economica, Partenariato Pubblico Privato.**

Abstract Da oltre un anno, con l'approvazione del D.Lgs. 50/2016, è in corso un processo continuo di revisione della normativa sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Contrariamente a quanto è capitato fino ad ora, il legislatore ha deciso di non replicare il modello classico strutturato in Codice e Regolamento attuativo. La scelta si è orientata nei confronti della cosiddetta *soft law* che non prevede più un Regolamento ma una serie di rimandi a successivi Decreti attuativi e/o Linee guida. Oltre al dibattuto tema del carattere normativamente cogente di una Linea guida, tradizionalmente associata a strumenti di natura volontaristica e di indirizzo, ci si chiede se questa scelta sia da premiare per l'innovazione apportata o se vada riconsiderata in funzione delle criticità riscontrate dall'aprile 2016 ad oggi, che hanno generato già più di un centinaio di modifiche e integrazioni, spesso anche attraverso leggi e/o decreti che nulla hanno a che fare con il Codice dei Contratti. Trascurando gli aspetti più formali, per effetto del Nuovo Codice e del suo primo correttivo, il recentissimo D.Lgs 56/2017, sono molti i temi di natura tecnica che generano perplessità e posizioni contrapposte: la nuova articolazione dei livelli di progettazione, l'eliminazione (almeno formale) degli studi di fattibilità, la diffusione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la qualificazione di stazioni appaltanti e operatori economici in base a *rating* di legalità e di impresa.

* Professore associato, Dipartimento Interateneo di Scienze, Progetto e Politiche del Territorio, Politecnico di Torino

** Ricercatore universitario, Dipartimento Iterateneo di Scienze, Progetto e Politiche del Territorio, Politecnico di Torino

INTRODUZIONE

Dopo circa un decennio, il 19 aprile 2016 il Decreto Legislativo (di seguito D.Lgs.) n. 50/2017 ha riformato il mondo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, abrogando il cosiddetto Codice De Lise (D.Lgs. 163/06 e s.m.i.) e il suo Regolamento attuativo (Decreto del Presidente della Repubblica, di seguito D.P.R. 207/10 e s.m.i.). Si è trattato di una modifica normativa importante, sia in termini formali, sia di contenuti: dal punto di vista giuridico la riforma è stata oggetto di ampia discussione teorica e ha visto contrapposti sostenitori e scettici; dal punto di vista dei contenuti si può dire che sia stata davvero una revisione a 360 gradi della normativa.

La novità più significativa, a cui la gran parte degli addetti ai lavori non era preparata, è il carattere di *soft law* dello strumento normativo: da sempre si è stati abituati a un impianto "classico", che deriva dal diritto romano, strutturato in Legge e corrispondente Regolamento attuativo, senza il quale la Legge non può essere messa in atto. Con il D.Lgs. 50 si è stravolta questa visione, prevedendo solamente il corpo della Legge da attuarsi attraverso successivi decreti ministeriali e/o linee guida, strumenti (questi ultimi) da sempre utilizzati per diffondere indirizzi e non obblighi normativamente cogenti.

Pertanto, con l'approvazione del D.Lgs. 50 si è assistito a una revisione sostanziale del vecchio Codice che tuttavia, per effetto del cosiddetto rinvio normativo, non è stata in grado di attuarne immediatamente i disposti. L'abrogazione del Regolamento attuativo, infatti, è stata fatta solamente in modo parziale ed è tutt'ora in corso, nell'attesa che vengano emanate tutte le norme previste dal Codice (in parte linee guida, in parte Decreti ministeriali). Per ciò che riguarda in particolare le Linee guida, il nuovo Codice ha attribuito all'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito ANAC), il ruolo ufficiale di estensore, operando una sorta di accentramento delle funzioni di controllo, di regolamentazione, di pubblicità e trasparenza dei dati, ecc... Questo aggravio di compiti, combinato alla scelta (che invece aveva caratterizzato le modifiche normative del passato) di non abrogare il vecchio Codice e il vecchio Regolamento nello stesso momento, con la pubblicazione della nuova norma, ha portato a un allungamento dei tempi complessivi. Ad oggi, infatti, risulta emanato solo il 30% dei provvedimenti (Salerno M., Il Sole 24 ore, 16/05/2017) a cui si rimanda nel testo e anche per questo la strada da percorrere per completare l'operazione sembra ancora lunga e complessa (Salerno M., Il Sole 24 ore, 17/05/2017), soprattutto alla luce delle recentissime modifiche apportate al Nuovo Codice. La fase transitoria si è pertanto resa necessaria per evitare di generare, con vuoti normativi, problemi per operatori economici, stazioni appaltanti e professionisti. Ma i problemi sono emersi in ogni caso, perché il carattere della riforma ha generato un proliferare di decreti e atti di riferimento, sconvolgendo la struttura classica consolidata da tempo per tutti gli operatori del settore. Dallo scorso aprile, con un piccolo "giallo" legato alla tardiva pubblicazione in gazzetta (Salerno M., Il Sole 24 ore, 28/04/2017), è vigente il primo correttivo al codice, il D.Lgs. 56/2017 che in 131 articoli ha introdotto 69 modifiche rilevanti al vecchio testo.

LE NOVITÀ DEL CODICE, ANCHE ALLA LUCE DEL CORRETTIVO

Provando a sintetizzare le principali modifiche introdotte dal D.Lgs. 50 e dal D.Lgs. 56, si può operare una distinzione tra novità generali, di procedura, e novità specifiche, di contenuti e di forma per gli operatori coinvolti nel processo.

Seguendo i rilievi europei contenuti nelle direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, trasposti nella Legge Delega 28 gennaio 2016, l'*offerta economicamente più vantaggiosa* (OEPV) diventa il criterio prevalente di scelta del contraente, accantonando quasi del tutto il criterio del minor prezzo. Questo certamente incide sulla rapidità e sull'efficacia delle procedure di

aggiudicazione che, dovendo concentrare prevalentemente l'attenzione sugli aspetti tecnici e meno su quelli di costo provoca, per le stazioni appaltanti, un allungamento diffuso dei tempi di aggiudicazione. In parallelo il tema delle *composizione delle commissioni aggiudicatrici*, che dovranno essere individuate a partire da una lista fornita da ANAC, che istituirà un apposito elenco sufficiente a consentire il principio di rotazione. L'obbligo di avere commissioni composte da membri esterni alla stazione appaltante scatta, per i lavori, a partire dall'importo di 1 milione di euro e per servizi e forniture, dal superamento della soglia comunitaria. Sebbene il tema sia stato oggetto di specifica Linea Guida predisposta dall'ANAC, la n. 5 "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici" (Delibera ANAC n. 1190/2016), la procedura appare per le stazioni appaltanti tutt'altro che snella, non disponendo della facoltà diretta di scelta dei commissari e dovendo rispettare procedure e tempistiche sia per la nomina, sia per le correlate attività di pubblicità e trasparenza. Infine non va sottovalutato anche l'aspetto del costo, inteso come il compenso dei singoli commissari e il costo complessivo, sostenuto dall'amministrazione, per la procedura di nomina. Una criticità difficile da gestire per le stazioni appaltanti riguarda in particolare il ruolo del RUP nelle commissioni giudicatrici: se fino ad ora era stato anche in taluni casi investito del ruolo di presidente, ora questa possibilità è chiaramente esclusa, richiamando il correttivo la necessità che il presidente sia comunque esterno e non possa aver svolto né svolgere alcuna funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto che si sta aggiudicando.

Sul tema della programmazione e progettazione delle opere si rilevano i maggiori interventi normativi: per le grandi opere si introduce il ricorso al *débat public*; l'appalto integrato viene abolito completamente per i contratti di appalto e soprattutto è cancellata la vecchia suddivisione in progetto preliminare, progetto definitivo e progetto esecutivo e con essa anche gli studi di fattibilità. Probabilmente anche sulla base delle recenti esperienze in tema di opere infrastrutturali strategiche, il legislatore ha deciso di introdurre il tema della pianificazione e progettazione condivisa prevedendo il ricorso alla procedura di dibattito per le opere di impatto sul territorio e sull'ambiente, distinte per tipologia e soglie dimensionali, al momento ancora da definire con apposito Decreto ministeriale. Questa procedura, già sperimentata con successo in altri Paesi europei, è introdotta così nel nostro sistema per la prima volta: in concreto, si traduce nella convocazione di una conferenza, a cui sono invitati le amministrazioni direttamente coinvolte e gli altri portatori di interesse, in cui si definiscono le modalità del dibattito pubblico che, in ogni caso, deve concludersi entro quattro mesi dalla predetta convocazione. Il parere a cui si giunge non ha carattere vincolante, ma dovrà essere considerato in fase di redazione del progetto definitivo. Come dire che è sufficiente aver condiviso l'intento ma non è necessario che si converga sulla possibilità o meno di realizzare l'intervento...

Dopo anni di utilizzo, con esperienze talvolta positive, talvolta meno, finisce l'epoca dell'*appalto integrato*. Il nuovo Codice stabilisce infatti che non si possa più ricorrere 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". Quindi, gli appalti relativi ai lavori dovranno essere affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo, mentre la possibilità di aggiudicare sulla base di un livello progettuale meno avanzato rimane per i contratti di concessione ovvero per il partenariato pubblico privato.

Per quanto riguarda la fase di programmazione, la vecchia norma disciplinava l'utilizzo degli studi di fattibilità per l'inserimento degli interventi nel programma triennale e in elenco annuale (D.M. 24 ottobre 2014, art. 1, c. 2) e ne dettagliava anche i contenuti con carattere normativamente cogente (D.P.R.207/10, art. 14 commi 1 e 2). Il nuovo codice, regolamenta la fase iniziale, denominata "programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici", all'art. 21 comma 3: "per i lavori di

importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente il progetto di *fattibilità tecnica ed economica*" che, sostituendo il progetto preliminare definisce il primo livello di approfondimento progettuale.

Tale modifica, certamente impattante sull'intero processo di programmazione e di progettazione delle opere pubbliche, anche solo perché interrompe una prassi operativa esistente da oltre un ventennio, è chiaramente la conseguenza dei rilievi sollevati in sede di commissione europea sul carattere debolmente progettuale dello studio di fattibilità.

Per ciò che riguarda le stazioni appaltanti, poi, oltre alle novità procedurali di cui sopra, si segnalano due interessanti modifiche che vanno nell'ottica di razionalizzare e rendere più efficiente il processo di scelta del contraente. Il sistema di *qualificazione delle stazioni appaltanti* (art. 38) è una delle novità più importanti del nuovo testo: anch'esse, come gli operatori economici, dovranno dimostrare di rispettare requisiti prefissati dall'Anac, sulla base degli importi e della complessità dei contratti aggiudicati e conclusi. Per entrare nel dettaglio di quali saranno i requisiti per la formazione dell'elenco di pubbliche amministrazioni qualificate e quindi virtuose, si deve attendere un apposito Dpcm da parte del governo: indicativamente si parla di requisiti di base (tra cui potrebbe essere considerata la qualità della struttura organizzativa, anche in termini di presenza di dipendenti con competenze specifiche e/o di sistema di formazione ed aggiornamento del personale) e di requisiti premianti, volti ad esempio all'attuazione delle misure di prevenzione dei rischi di corruzione, di sistemi di gestione della qualità, ecc... Altro elemento di certo rilievo introdotto dal D.Lgs. 50 è quello delle *aggregazioni tra stazioni appaltanti* (articolo 37): le singole amministrazioni potranno gestire direttamente solo le "piccole" aggiudicazioni ovvero quelle di importo inferiore ai 40mila euro per servizi e forniture e quelle inferiori a 150mila euro per i lavori. Superate tali soglie, invece, solo le amministrazioni in possesso della qualificazione dell'Anac potranno continuare a fare le gare liberamente, come stanno facendo ora. Tutte le pubbliche amministrazioni che non hanno i requisiti per la qualificazione e che quindi non possono essere inserite nell'elenco nazionale, dovranno rivolgersi per forza a una centrale di committenza per aggiudicare un appalto, un servizio o una fornitura. Questa restrizione normativa, condivisibile, va nella direzione di spingere i piccoli enti locali, più o meno volontaristicamente, a fare sinergia tra di loro e consente di individuare nel soggetto aggregatore un soggetto esperto, in grado forse di meglio offrire un supporto amministrativo e tecnico ai fini del completamento e del buon esito della procedura.

Anche dal punto di vista delle imprese le novità sono numerose. Le più significative, oltre ovviamente al dibattuto tema del tetto al 30% per il subappalto (Latour G., Il Sole 24 ore, 08/05/2017), alla inammissibilità dell'avvalimento per le categorie specialistiche e all'anticipazione del prezzo (che, anche se nella versione più restrittiva del D.Lgs. 56 che lo collega, giustamente, non più al valore stimato dell'appalto ma al valore di aggiudicazione, consente un minimo di liquidità in più per le imprese), troviamo il *rating* di impresa e i metodi anti turbativa.

In base all'articolo 83 c. 10 "*è istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa*". Con il correttivo, il *rating*, di cui è chiara la finalità, diventa di natura volontaristica e punta alla valutazione della qualità dell'operato dell'impresa al di là della qualificazione SOA. Anche in questo caso si assiste a un rinvio normativo perché il decreto rimanda ad ANAC, in una seconda fase, la determinazione dei principi e dei criteri per la formazione dell'elenco. Infine per scoraggiare, tra le imprese partecipanti a un gara da

aggiudicarsi al minor prezzo, fenomeni di condizionamento del libero mercato attraverso meccanismi di pre-determinazione della soglia di anomalia, il correttivo ha stabilito che il metodo di calcolo non sia indicato nella documentazione di gara ma sorteggiato, tra cinque disponibili, in seduta pubblica di commissione di gara.

Parlando, poi, delle principali modifiche che riguardano i professionisti, oltre al già citato tema della eliminazione degli studi di fattibilità e del progetto preliminare per introdurre il progetto di fattibilità tecnica ed economica, troviamo una novità molto attesa che riguarda il decreto parametri: le tabelle ministeriali, necessarie a calcolare gli importi da porre a base di gara per l'affidamento di un servizio di ingegneria o architettura, dovranno essere utilizzate dalle stazioni appaltanti nella costruzione dei bandi mentre fino ad ora ciò avveniva solo a discrezione della stazione appaltante. Il D.Lgs. 50, poi, ha introdotto all'art. 34 l'obbligo di applicare i Criteri Ambientali Minimi (i cosiddetti CAM) sia nei documenti progettuali che di gara, in particolare per ciò che riguarda le specifiche tecniche del progetto e i criteri premianti. Si tratta di una modifica che finora è passata molto in sordina e che è stata recepita da pochissime stazioni appaltanti e di conseguenza pochi professionisti: tutti hanno atteso un alleggerimento e/o stralcio della prescrizione come effetto del correttivo ma così non è stato. Pertanto l'obbligo rimane ed essendo un tema che coinvolge la progettazione degli interventi dalla scala urbanistica a quella del cantiere, è facile intravedere possibili criticità di applicazione oltre che possibili (anche non trascurabili) impatti economici (Rebaudengo M., Prizzon F., Matta M., in corso di pubblicazione). Infine, la novità delle procedure digitalizzate: in base all'art. 44, un decreto al momento non ancora condiviso definirà le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione e interoperabilità dei dati. Accanto al tema della semplificazione e dello snellimento dei processi di trasmissione delle informazioni, appare anche quello del Building Information Modeling; l'art. 23 c. 13 del Codice prevede che le stazioni appaltanti possano già richiedere, prioritariamente per gli interventi più complessi, l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione. Anche in questo caso si rimanda a un Decreto successivo, ad oggi non ancora entrato in vigore, che definisce *senza oneri aggiuntivi a carico della finanza pubblica […] le modalità e i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi presso le stazioni appaltanti, le amministrazioni concedenti e gli operatori economici, valutata in relazione alla tipologia delle opere da affidare e della strategia di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e del settore delle costruzioni. L'utilizzo di tali metodologie costituisce parametro di valutazione dei requisiti premianti […]* per la formazione dell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate.

Probabilmente questo sarà uno dei processi introdotti dal codice più difficili da attuare perché si tratta di un cambiamento di visione radicalmente differente da quella odierna e soprattutto richiede competenze che spesso le stazioni appaltanti e/o gli altri operatori del settore non possiedono; nell'ipotesi in cui si scelga un processo di formazione degli operatori del settore per arrivare al traguardo di obbligatorietà previsto nella prima versione della normativa, sicuramente ci si scontra con il problema dei tempi e dei costi, molto dilatati nella fase iniziale sia per i professionisti, sia ancor più per le stazioni appaltanti.

IL NUOVO PROGETTO DI FATTIBILITÀ TECNICA ED ECONOMICA: LA SCELTA DELLE ALTERNATIVE O LA VERIFICA DELLA SOSTENIBILITÀ DELLA GESTIONE?

Il progetto di fattibilità tecnica ed economica (PdFTE) rappresenta una delle novità più importanti del D.Lgs. 50, incorporando in un unico documento lo Studio di Fattibilità (SdF) e il Progetto Preliminare, che vengono di conseguenza cancellati. Nell'attesa che venga approvato il cosiddetto "Decreto livelli" (per ora circolato solo in bozza, bocciata pesantemente dal Consiglio di Stato nel suo Parere (Massari A. 2017) a cui rimanda l'art. 23 del nuovo Codice, per la fase transitoria di cui si è accennato in premessa, l'articolo 14 del vecchio regolamento è ancora vigente ma gli SdF non esistono più. Al momento sembra che il tema della valutazione della fattibilità/sostenibilità tecnica ed economica sia delegato al progetto di fattibilità sebbene non si sappia ancora con certezza cosa sia. Forse un "vecchio" progetto preliminare a cui verranno aggiunti i contenuti dello studio di fattibilità? Oppure uno studio di fattibilità "progettuale" con contenuti più tecnici del passato? Gli unici elementi certi derivano dal decreto correttivo D.Lgs. 56, che prevede la possibilità di redigere il PdFTE in due fasi: la prima semplificata concernente il Documento di Fattibilità delle alternative progettuali (Docfap), utile a inserire le opere nella programmazione; la seconda a completamento dei contenuti previsti. Se si ritiene che lo SdF avesse un senso soprattutto perché costringeva le amministrazioni a riflettere sull'investimento pubblico non solo per la fase di realizzazione ma anche per la successiva fase di gestione, allora ci si potrebbe chiedere come il Nuovo Codice considera gli aspetti economico-finanziari all'interno del PdFTE. Ad oggi la situazione appare questa: per le opere di importo superiore ai 10 milioni di € e per le opere per le quali "è prevista una tariffazione" viene richiesta la redazione di "un'analisi costi-ricavi", di "un'analisi costi-benefici" e, addirittura, "un'analisi di rischio" (l'analisi di sensitività, anch'essa richiesta, è semplice e di una certa utilità per individuare le variabili chiave dell'investimento). Per le opere di importo inferiore ai 10 milioni di euro, non è chiaro che cosa chieda il Codice: sembrerebbe che non venga richiesto nulla per la verifica economico-finanziaria. Si tenga conto che i lavori inferiori a tale soglia rappresentano, in numero, oltre il 90% del totale e, in valore, circa il 70% (ANAC, Relazione annuale 2015, 2016) (CRESME, il mercato delle costruzioni 2017 del 2016).

Insomma, questa confusione nell'articolato, che sperabilmente troverà maggior chiarezza con l'uscita del Decreto sui livelli di progettazione e di quello sulla programmazione, rimanda a un non risolto convincimento sull'utilità delle verifiche economiche e sul ruolo da attribuirgli. Si oscilla infatti dal richiedere approfondimenti notevoli, solo parzialmente necessari, al non richiedere nulla anche per opere di importi significativi. Per la prima questione, ci si riferisce sia all'analisi di rischio (strumento di una certa sofisticazione e costoso, forse eccessivo ai fini di un investimento pubblico), ma soprattutto, questo sì incomprensibile, al fatto che tali analisi debbano venire effettuate per ognuna delle "alternative progettuali" prese in considerazione, compresa l'"opzione zero", cioè il non intervento. Tralasciando il costo per le stazioni appaltanti che una tale norma comporta, non se ne vede l'utilità: in fase di scelta delle alternative progettuali, dal punto di vista economico, può bastare il confronto tra i diversi costi di realizzazione, riservando verifiche di fattibilità più accurate solo all'alternativa scelta.

Giova forse ricordare che gli Studi di Fattibilità erano stati introdotti nella normativa italiana, con decenni di ritardo rispetto ad altri Paesi occidentali, non per scegliere tra diverse alternative progettuali, ma per cercare di porre rimedio ad un vizio delle Amministrazioni pubbliche, e cioè quello di interessarsi solo della realizzazione dell'opera. In realtà il discorso andrebbe capovolto: un investimento pubblico si decide non per tagliare nastri o posare prime pietre, ma per offrire un servizio, e la decisione deve essere presa avendo ben coscienza dei costi da sostenere per mantenere questo servizio nel tempo (costi di personale, di gestione, di manutenzione adeguata

della struttura, ecc.). Solo a fronte della dimostrazione della capacità di coprire tutti questi costi, e quindi della garanzia della durata nel tempo del servizio per il quale l'opera viene costruita, l'investimento merita di essere finanziato dal denaro dei contribuenti.

IL PROBLEMA DELL'OFFERTA ECONOMICA NELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

Come si è detto, l'OEPV dovrà essere il criterio utilizzato, per l'aggiudicazione dei lavori, qualora l'importo a base di gara superi il milione di euro; per i servizi e le forniture, per importi superiori alla soglia comunitaria (209mila euro); per i servizi di ingegneria e architettura, in ogni affidamento che superi i 40mila euro. Questo obbligo genera procedure più lente e più complesse rispetto a quelle che aggiudicano al minor prezzo (si utilizza una sola formula per il calcolo del punteggio e la formula stessa può tenere in considerazione anche differenti modalità di interpolazione dei valori, non necessariamente legate ad una relazione lineare (Delibera ANAC n. 1005/2016), e quasi trascura l'aspetto del costo dell'opera, dal momento che gli operatori economici concentrano prevalentemente l'attenzione sugli aspetti tecnici. Ciò è anche sancito dal correttivo, nei contenuti dell'art. 95 c. 10bis: "*la stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento*". L'effetto diretto è rilevabile dallo schiacciamento dei ribassi medi di gara, a discapito della vera individuazione di una soluzione che rappresenta il miglior rapporto qualità prezzo: immaginando una procedura di aggiudicazione con progetto esecutivo a base di gara, l'operatore economico non sarà chiamato tanto a riflettere sulle sue economie d'impresa (ribassi sulle forniture, efficacia e produttività delle squadre di operai, possibili riduzioni in termini di distanza di approvvigionamento delle forniture e delle spese generali) quanto sulla "dotazione tecnica" dell'opera da realizzare, in un'ottica di migliorarne le prestazioni e le caratteristiche sfruttando le proprie economie di impresa fino al valore massimo della commessa (il valore a base di gara). Se in passato si è criticato il metodo del minor prezzo perché innescava meccanismi tutt'altro che virtuosi attraverso il fenomeno delle varianti in corso d'opera, con cui si recuperava il ribasso offerto, oggi il meccanismo anche se diverso porta sostanzialmente allo stesso risultato, dimenticando che i ribassi di gara sono per le stazioni appaltanti importanti economie che permettono di finanziare altri interventi.

Quando il criterio di formazione della graduatoria è quello aggregativo compensatore, le *modalità di calcolo dei punteggi economici* sono numerose, ad esempio attraverso l'applicazione di un metodo con interpolazione lineare, bilineare o non lineare (Delibera ANAC n. 1005/2016). Rispetto al primo caso, che attribuisce proporzionalmente in modo diretto i punteggi in funzione dello scarto tra ribasso minimo e massimo, gli altri due metodi citati sarebbero da preferire perché, nel caso di interpolazione bilineare si scoraggiano offerte con ribassi eccessivi, dal momento che per effetto della formula ricevono un punteggio incrementale ridotto e si limitano le attribuzioni di differenze elevate anche per scarti minimi (principale problema del metodo lineare), con criticità rilevabile nella limitazione della concorrenza basata sul prezzo. L'applicazione di metodi non lineari, invece, consente alla stazione appaltante di scegliere se premiare ribassi alti oppure bassi, agendo sulla tipologia di formula scelta, in parziale contrasto rispetto a quanto visto finora ovvero alla spinta verso ribassi contenuti.

Come detto, l'applicazione del criterio dell'OEPV genera procedure meno veloci (ITACA, 2013) rispetto ai casi aggiudicati al minor prezzo: questo non solo perché è possibile un elevato numero di partecipanti alla gara, ma anche perché oltre ai maggiori tempi per la costituzione della commissione di valutazione, tema già affrontato precedentemente, l'applicazione del metodo aggregativo compensato per l'attribuzione dei punteggi qualitativi, il più usato dalle stazioni appaltanti, richiede

il confronto a coppie delle alternative per ciascun criterio o sottocriterio e per ciascun commissario. Sebbene il numero ammesso per legge debba essere dispari e non superiore a 5, anche in virtù delle nuove regole di formazione delle commissioni e per snellire i tempi, Anac consiglia di avere commissioni costituite da 3 membri, presidente compreso, quasi a conferma del fatto che si è ampiamente consci dell'aggravio burocratico a carico delle stazioni appaltanti.

Per concludere, il tema della verifica della congruità delle offerte sia in termini di determinazione della soglia di anomalia, sia di congruità dei costi di manodopera indicati.

Infatti, in base al recente decreto correttivo (art. 95 c. 10), le stazioni appaltanti devono verificare, prima dell'aggiudicazione, che il costo del personale indicato nell'offerta non sia è inferiore ai minimi salariali retributivi. Relativamente alla definizione della soglia di anomalia, si procede per strade differenti in base al criterio di aggiudicazione: nei casi di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la congruità è valutata per quelle "*offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara"* (art. 97 c. 3).

Per quanto riguarda i casi di aggiudicazione al minor prezzo, oggi ammessa per effetto del decreto correttivo per lavori di importo fino a due milioni di euro, la definizione della soglia di anomalia avviene in sede di gara applicando il metodo anti turbativa ovvero mediante una procedura di calcolo sorteggiata dal RUP o dalla commissione tra le cinque indicate dal Codice all'art. 97 c. 2. In tutti i casi il valore della soglia si ottiene a partire dalla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con alcune varianti: in tre casi su cinque si opera il cosiddetto *taglio delle ali*, escludendo quindi dal calcolo il dieci o il venti per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso. In due di questi casi il valore così ottenuto viene incrementato (lettere a) ed e) dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media; nel caso (lettera e) lo scarto è ridimensionato per effetto della moltiplicazione per un coefficiente, inferiore a 1, sorteggiato ancora una volta in sede di gara; nel terzo la media aritmetica è mantenuta invariata o decrementata (lettera b) in funzione di una regola di attributo (pari o dispari) di un determinato valore numerico della somma dei ribassi. Nelle ultime due regole previste dal codice (lettere c e d), il calcolo è più semplice perché determina la soglia incrementando del quindici o del dieci per cento la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse. A prima vista la complicazione di calcolo di alcuni metodi facilita l'impossibilità di predeterminare il valore di soglia ma non è così chiaro se la determinazione di una valore così "variabile" (scarti assoluti tra un metodo e l'altro anche superiori al 2%) sia davvero in grado di discriminare le vere anomalie. Tanto più che se non tutti i metodi tendono ad incrementare la media aritmetica non si riesce più ad associare il concetto di offerta anomala a quella che presenta un valore di ribasso troppo elevato.

IL NUOVO CODICE E IL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO

Secondo l'art. 3 del nuovo Codice, si può definire contratto di PPP, "*partenariato pubblico privato, il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore".* Il tema del partenariato è ed è stato un tema centrale nella riforma del Codice dei contratti, prima, e nell'approvazione del decreto correttivo, ora. I rilievi mossi dalla

direttiva europea 2014/23 hanno richiesto un intervento normativo consistente, in particolare per il tema dell'allocazione dei rischi (Vecchi V., Il Sole 24 ore, 05/02/2016).
Sono molti i rischi connessi alla realizzazione di un'opera, indipendentemente da quale sia la sua natura, se pubblica o pubblico-privata: si parla di *rischio generale di progetto*, ad esempio quello burocratico o politico che comporta un allungamento dei tempi di pre-costruzione; di *rischio di costruzione*, che considera il rispetto dei tempi di consegna dell'opera, del costo preventivato e degli standard progettuali; di *rischio di disponibilità*, ovvero legato alla capacità dell'operatore di gestire l'opera e il servizio in modo corretto; di *rischio di domanda*, quando il mancato rispetto delle previsioni di fatturato è legato a fattori esterni che non dipendono dalla bontà del servizio prestato, *altri rischi specifici* di natura finanziaria, normativa, politica, autorizzativa, ecc. che possono intervenire in corso di esercizio. Il nuovo sistema europeo dei conti nazionali e regionali di Eurostat ha poi ancora introdotto il rischio operativo, da trasferire obbligatoriamente al soggetto privato e il rischio di valore residuo e di obsolescenza legato, ad esempio, al fatto che qualora il contratto di partenariato preveda la riconsegna dell'opera al termine della concessione, il valore di acquisto o di subentro possa essere inferiore rispetto a quello atteso.
Il Codice definisce (art. 3) *rischio operativo* quello *legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, per il quale, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.* La parte del rischio trasferita al soggetto privato deve comportare una effettiva *esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile,* ammettendo che, in condizioni operative normali (art. 165 cc. 1 e 2), *le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario. L'equilibrio economico finanziario rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi.* Da qui l'importanza, soprattutto per i casi di partenariato (ma vale anche per le opere pubbliche) di una corretta analisi della domanda e dell'offerta ai fini di un valido piano economico finanziario, che necessita di dati di *input* robusti e non di stime aleatorie e semplificate. Convenzionalmente, anche in ambito europeo, si ritiene che una operazione possa essere classificata come partenariato pubblico privato solo se il partner privato sostiene il rischio di costruzione e almeno uno degli altri due rischi principali (rischio di disponibilità o rischio di domanda). In questi termini appare un po' strana la modifica normativa introdotta dal D.Lgs. 56 che innalza la soglia di contributo pubblico dal precedente tetto del 30% fino al 49%: anche secondo i rilievi mossi dal Consiglio di Stato ciò sembrerebbe in contraddizione *con i criteri di ripartizione del rischio*.
Sempre in tema di PPP si rilevano due interessanti aspetti legati alla riforma del Codice dei contratti pubblici: la possibilità che concessioni e partenariato vengano regolamentati a parte con opportuno codice e l'introduzione di nuovi strumenti classificati come partenariato pubblico privato. Sebbene sia condivisibile l'intento di separare due temi differenti (appalti e concessioni-partenariato), per effetto della *soft law* attualmente vigente si ritiene che questo possa avvenire in tempi certamente non brevi, vista la necessità di completare prima la revisione normativa avviata da un anno e ferma al momento a quota 30%... Per quanto riguarda, infine, i nuovi strumenti di PPP previsti dal Codice, oltre ai già noti *project financing*, locazione finanziaria e contratto di disponibilità, vere e proprie tipologie di contratto utilizzate anche in passato con buoni risultati, sono stati inseriti *gli interventi di sussidiarietà orizzontale* (art. 189) e il *baratto amministrativo* (art. 190). Si tratta chiaramente di strumenti a valenza prevalentemente sociale, a cui forse il nuovo codice avrebbe dovuto dedicare meno spazio, rimandando in questo caso a un opportuno documento ANAC nella forma di Linea

guida: sembra infatti poco coerente che il codice contenga in modo preciso le indicazioni operative per l'esecuzione di questi contratti e rimandi a successivi atti e norme per la definizione dei contenuti dei tre livelli progettuali. In questo senso una Linea Guida avrebbe meglio potuto indirizzare le azioni dei singoli Enti Locali che, almeno per ora, faranno fatica ad applicare i contenuti dei due citati articoli del Codice.

CONSIDERAZIONI FINALI

La revisione del vecchio Codice De Lise va considerata una modifica normativa importante, sia in termini formali, sia di contenuti. La scelta di intervenire con lo strumento della *soft law*, che non sembra pienamente condivisa nemmeno dagli stessi giuristi, è certamente problematica se vista dal punto di vista degli operatori: si conoscono nel dettaglio solo alcune delle modifiche introdotte, dal momento che ad oggi risulta emanato solo il 30% dei provvedimenti a cui si rimanda nel testo. In questa confusione di provvedimenti normativi, Linee guida, decreti ministeriali, decreti correttivi si susseguono le correzioni, le integrazione e le specifiche, a volte anche attraverso leggi non strettamente correlate al Codice dei contratti: tutto ciò costringe operatori economici, progettisti e funzionari delle stazioni appaltanti ad un monitoraggio costante dei documenti pubblicati in via ufficiale e dei loro successivi aggiornamenti. Anche in presenza di elementi nuovi di certo interesse, spesso la poca chiarezza di alcuni passi puntuali della norma non consente una applicazione fluida e costringe a un'analisi più giuridica che tecnica del problema. Emerge per alcuni tratti quasi una volontà di cancellare la prassi passata, senza riflettere sulla bontà di alcune procedure: documento di indirizzo alla progettazione e non più documento preliminare alla progettazione, documento di fattibilità delle alternative progettuali e non più studio di fattibilità (ammesso che si possa sostenere il parallelismo...) e ancora progetto di fattibilità tecnica ed economica e non più progetto preliminare. Si parla di novità generali di procedura e di novità specifiche di contenuti, ma quanto questi cambiamenti operati vanno nella direzione della vera semplificazione? Forse quando sarà completo il quadro delle norme in vigore, si potrà capire se l'intero processo sia stato migliorato in termini di efficienza degli operatori coinvolti, efficacia degli interventi e razionalizzazione della spesa.

Bibliografia/sitografia

Normativa di riferimento:

D.Lgs. 50 del 18 aprile 2017 “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

D.Lgs. 163 del 12 aprile 2006 “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”.

D. P. R. 207 del 5 ottobre 2010 “Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”.

D.Lgs. 56 del 19 aprile 2017 “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.

Delibera ANAC n. 1005 del 21 settembre 2016 - Linee Guida n. 2, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”.

Delibera ANAC n. 1190 del 16 novembre 2016 - Linee Guida n. 5, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici”.

Articoli online, su riviste e altre pubblicazioni

Salerno M., “Codice appalti, la nuova mappa dell’attuazione: servono 60 provvedimenti, 12 già pubblicati”, in Edilizia e Territorio – Quotidiano del Sole 24 Ore del 16/05/2017.

Salerno M., “I dubbi Antitrust sul codice appalti: troppi decreti attuativi, débat public inefficace”, in Edilizia e Territorio – Quotidiano del Sole 24 Ore del 17/05/2017.

Salerno M., “Correttivo appalti, lunga attesa: a 15 giorni dall’ok finale decreto sparito dai radar” in Edilizia e Territorio – Quotidiano del Sole 24 Ore del 28/04/2017.

Latour G., “Correttivo/3. Limiti al subappalto, nuova lettera di Bruxelles: dopo il decreto subito i chiarimenti del governo in Edilizia e Territorio – Quotidiano del Sole 24 Ore del 08/05/2017.

Rebaudengo M., Prizzon F., Matta M., “Criteri ambientali minimi in edilizia”, in GEAM – Geoingegneria ambientale e mineraria (in corso di pubblicazione).

Massari A., “Nuovo codice appalti, livelli di progettazione: Consiglio di stato boccia il decreto” in Appalti&Contratti.it del 12/01/2017.

ANAC, Relazione annuale 2015 del 14/07/2016.

CRESME, “XXIV Rapporto congiunturale e previsionale CRESME – Il mercato delle costruzioni 2017 del 18/10/2016.

ITACA, “Guida operativa per l’utilizzo del criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici di sola esecuzione” del 24/01/2013.

Vecchi V., Project financing/2. Tutti rischi della rinegoziazione dei contratti di PPP, per la PA e per i privati in Edilizia e Territorio – Quotidiano del Sole 24 Ore del 05/02//2016.

Sitografia

Sito Autorità Nazionale Anti Corruzione URL <www.anticorruzione.it/> (data accesso 26/05/2017).

Sito Appalti & Contratti URL <http://www.appaltiecontratti.it> (data di accesso 30/04/2017).

Sito Bosetti Gatti & Partners s.r.l. URL <http://www.bosettiegatti.eu/> (data di accesso 23/05/2017).

Sito Edilizia e Territorio – Quotidiano del Sole 24 Ore URL <http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/> (data accesso 26/05/2017).

Sito Informazioni Parlamentari URL <http://www.infoparlamento.it/> (data accesso 05/05/2017).

Sito ITACA - Istituto per l’innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale URL <http://www.itaca.org/> (data accesso 26/05/2017).

Quest’opera è distribuita con
Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale 3.0