



CONFERENZA DELLE REGIONI
E DELLE PROVINCE AUTONOME

16/112/CR06b/C4

**DOCUMENTO DA RAPPRESENTARE ALLE COMMISSIONI
COMPETENTI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI E DEL SENATO DELLA
REPUBBLICA, NELL'AMBITO DELL'INDAGINE CONOSCITIVA SULLO
STATO DI ATTUAZIONE E SULLE IPOTESI DI MODIFICA DELLA
NUOVA DISCIPLINA SUI CONTRATTI PUBBLICI**

INTRODUZIONE

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nella seduta del 31 marzo 2016, ha espresso parere favorevole al schema di Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016) con alcune osservazioni e richieste emendative.

Si rammenta che i rappresentanti regionali sono stati coinvolti nei lavori della Commissione consultiva in materia e più volte uditi dai tecnici del Governo.

Le Regioni confermano il parere sostanzialmente positivo e l'apprezzamento per il lavoro svolto dal Governo nel dare attuazione, attraverso l'approvazione del Decreto Legislativo n. 50/2016, ad una riforma del settore dei contratti pubblici, condividendone l'impianto generale e i fondamentali obiettivi, primo fra tutti, quello di qualificare gli attori pubblici del mercato.

Alla luce della nuova indagine conoscitiva avviata dalle Commissioni Parlamentari competenti sono state esaminate le problematiche applicative e le criticità riscontrate dalle strutture nel dare attuazione alle nuove disposizioni del Codice dei Contratti tenendo conto dell'interesse generale di migliorare l'efficienza e la rapidità operativa anche per rimuovere i principali ostacoli derivanti dai tempi estremamente lunghi del processo di realizzazione di un'opera pubblica, dalla progettazione all'esecuzione, come evidenziato nell'**Allegato** al presente documento.

Le Regioni ritengono comunque possibile conciliare l'efficienza amministrativa con la tutela dei principi di moralità pubblica che devono presiedere sempre l'esercizio delle pubbliche funzioni. Pertanto non è associabile *tout-court* la discrezionalità insita nelle procedure di appalto con i rischi di corruzione nella P.A. Si ritiene, pertanto, di formulare le seguenti prime proposte secondo principi di leale collaborazione istituzionale.

Peraltro, giova sottolineare la centralità delle opere pubbliche per il rilancio economico e lo sviluppo del Sistema Paese, che hanno bisogno di superare anche gli altri molteplici vincoli frapposti dalle numerose norme che condizionano e, in parte, paralizzano l'uso di risorse pubbliche per il rispetto dei saldi di bilancio.

CONSIDERAZIONI GENERALI:

Sistematica del Codice. Alcuni istituti sono talora regolati da disposizioni collocate in diverse articolazioni del Codice senza seguire un criterio logico, sicché risulta arduo per chi ne deve fare applicazione ricostruire il quadro normativo di riferimento (es. affidamento dei servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria).

Per tale aspetto un ruolo di supporto potrebbe essere fornito dalla Cabina di regia e dall'ANAC nell'ambito delle competenze previste dal Codice.

OSSERVAZIONI SPECIFICHE

Terna dei subappaltatori (art. 105). *“È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione”.*

Si evidenzia che tale previsione si sta rivelando di difficile applicazione. Anzitutto, occorre chiarire cosa si intende per “particolare specializzazione”.

Vi sono, in ogni caso, molteplici perplessità sotto il profilo dell'opportunità. Ed infatti essendo il contratto di appalto è un contratto di durata, si rivela problematica una indicazione del nominativo per un rapporto contrattuale che si svilupperà magari a distanza di mesi nel tempo. Ciò senza neppure considerare le vicissitudini che il subcontraente potrebbe avere nel tempo, magari con perdita dei requisiti di qualificazione ovvero con altre situazioni negative per la continuazione del normale svolgimento della propria attività di impresa. Inoltre l'indicazione nominativa al momento della gara potrebbe anche far scattare la necessità per la commissione di gara di verificare il possesso dei requisiti da parte dei subappaltatori indicati. Il tutto con pesanti aggravii nel momento procedurale della scelta del contraente. Peraltro non è chiaro se l'indicazione del subappaltatore da parte di un offerente principale rende impossibile l'indicazione dello stesso da parte di un altro offerente.

Una proposta potrebbe essere posticipare il momento dell'indicazione del subappaltatore al momento della stipulazione del contratto. In ogni caso, l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori è una prescrizione che manca di una disciplina,

Verifiche dei requisiti nel sotto soglia. Si evidenzia che l'art. 36 ha ingenerato una certa confusione negli operatori del settore a causa di un'ambigua formulazione del comma 5 relativo alla verifica dei requisiti, che sembra essere limitata a quelli generali ma deve invece estendersi ai requisiti cd. speciali (tecnico-economici e professionali), richiesti nella specifica procedura di gara dalla stazione appaltante.

Progettazione esecutiva ed utilizzazione del criterio qualità/prezzo per appalti di lavori superiori al milione di euro. Si evidenzia la difficoltà derivante dall'obbligo di porre a base di gara il progetto esecutivo anche per opere minori, con l'obbligatoria

applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. È noto che l'utilizzo del criterio qualità/prezzo allunga significativamente i tempi dell'espletamento delle procedure di gara, oltre ai costi legati alla gestione delle commissioni. Inoltre, su questo ultimo tema, la previsione di componenti esclusivamente inseriti nelle liste ANAC di cui agli artt. 77 e 78 aumenta ulteriormente i tempi delle procedure. Pertanto le Regioni propongono di aumentare a 2 milioni di euro la soglia di cui all'art. 95. Infine, per tali interventi minori, le Regioni chiedono che l'emanando DPCM in tema di Soggetti abilitati a espletare le funzioni di stazioni appaltanti preveda norme semplificatorie che incentivino il ricorso a uffici comuni per Enti territoriali di area vasta.

Progettazione esecutiva nella procedura competitiva con negoziazione e nel dialogo competitivo. Non appare appropriato l'obbligo di porre a base di gara il progetto esecutivo in tipologie procedurali nelle quali è necessario consentire alle stazioni appaltanti una negoziazione in ordine alla qualità del fabbisogno con l'operatore economico.

Commissioni di gara. Il nuovo codice prevede che il presidente della Commissione giudicatrice sia individuato dalla stazione appaltante tra i commissari sorteggiati dall'elenco detenuto da ANAC. Considerato il ruolo centrale di tale figura nell'economia della procedura di gara (quale soggetto che conosce le procedure interne e le linee di indirizzo amministrative e giuridiche del soggetto dallo stesso rappresentato) sarebbe preferibile consentire alle stazioni appaltanti – ovvero ammettere tale possibilità per i soli soggetti aggregatori iscritti nell'elenco – di nominare quale Presidente di Commissione un membro interno alla loro organizzazione, confermando la scelta di completare il collegio con rappresentanti nominati da ANAC.

Esecuzione in via d'urgenza. Si evidenzia che l'art. 32 non chiarisce in quale momento della procedura sia possibile consentire l'esecuzione in via d'urgenza (nei casi consentiti), se quindi tale possibilità abbia come riferimento la proposta di aggiudicazione, l'aggiudicazione o l'efficacia dell'aggiudicazione. Nella normativa previgente il riferimento era all'efficacia dell'aggiudicazione.

Associazione in partecipazione. Si evidenzia che occorre eliminare l'incongruenza tra l'art. 48, comma 9 “è vietata l'associazione in partecipazione” e l'articolo 105, comma 20 “*Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ... alle associazioni in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto; si applicano altresì agli affidamenti con procedura negoziata.*”.

Collegio consultivo tecnico. L'articolo 207 non chiarisce se il ricorso al collegio consultivo costituisca un sistema alternativo all'accordo bonario e in che modalità tali istituti possano rapportarsi. Inoltre, si evidenzia che tale previsione potrebbe incidere sui compiti della Camera arbitrale, nonché porre problemi di compatibilità con il criterio di delega di cui alla lett. aaa), art. 1 n. l. 11/2016. Alla luce di tali profili di criticità, si propone la soppressione della norma come rilevato dal C.d.S. Commissione speciale nel parere n. 855 del 1/4/2016 reso sullo schema del nuovo codice.

Varianti. L'art. 106 relativo alle modifiche contrattuali e alle Varianti in corso d'opera per i lavori si sta dimostrando di difficile lettura, interpretazione nonché applicazione.

Non risultano infatti chiare le condizioni ed i corrispondenti limiti percentuali di ammissibilità della modifica rispetto all'importo contrattuale e non sono più presenti indicazioni su eventuali variazioni di dettaglio da parte della Direzione Lavori che non comportino modifiche al contratto e al quadro economico dell'opera.

Inoltre, la mancata indicazione di una tempistica certa per il rilascio del parere da parte di ANAC a seguito della trasmissione delle Perizie approvate dalla stazione appaltante, espone la stessa a possibili rivalse da parte dell'aggiudicatario, ove non venissero effettuate le lavorazioni di Perizia entro tempi certi, senza contare l'allungamento dei tempi di realizzazione delle opere.

Approvazione dei progetti. Si evidenzia che nel caso di opere pubbliche gestite in forma commissariale con avvalimento di strutture tecnico/amministrative di altre amministrazioni, occorre chiarire a quale soggetto spetta il compito di approvazione dei progetti e delle eventuali varianti.

Soccorso istruttorio. L'ultimo periodo dell'art. 83, comma 9 *“Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*, risulta di difficile applicazione e rischia di vanificare la portata dell'istituto.

Non a caso il C.d.S. Commissione speciale nel parere n. 855 del 1/4/2016 reso sullo schema del nuovo codice aveva proposto la seguente riformulazione del comma in parola: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano resi, integrati o regolarizzati i documenti e le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, o di inadeguatezza delle integrazioni presentate, il concorrente è escluso dalla gara.”* A supporto della proposta di riformulazione, il C.d.S. aveva osservato quanto segue: *Il comma in esame (il quale peraltro riprende in massima parte il contenuto del d.lgs. 163 del 2006, art. 38 co. 2-bis in tema di c.d.*

'soccorso istruttorio a pagamento') appare di dubbia conformità con la previsione delle legge delega, che prevede forme di “integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda” (lettera z). In questa prospettiva, anche al fine di rispettare il fondamentale criterio di semplificazione imposto dalla delega, si suggerisce di prevedere due sole fattispecie alternative: le carenze formali sanabili (non onerosamente) e le lacune essenziali, non sanabili, attraverso il soccorso istruttorio, nemmeno previo il pagamento di una sanzione pecuniaria. Occorre chiarire (anche in questo caso, al fine di evitare rilevanti contrasti in sede applicativa) in quali casi emerga una mera “irregolarità essenziale” della dichiarazione (che può essere ammessa al soccorso istruttorio) e in quali casi si è invece in presenza della carenza di un elemento essenziale dell’offerta (che comporta l’esclusione dell’impresa). Si rappresenta, poi, l’opportunità di conservare, comunque, una forma di “soccorso procedimentale”, riferito agli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica, secondo cui, fermo restando il divieto di integrazione documentale, l’amministrazione, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell’offerta, possa richiedere chiarimenti al concorrente.

Garanzie per la partecipazione alla procedura. Il comma 6 dell’art. 93 prevede che *“la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l’aggiudicazione, per fatto dell’affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo”*.

Tale formulazione non garantisce la stazione appaltante in tutti i casi in cui all’esito di una procedura, l’aggiudicatario per una condotta non connotata da dolo o colpa grave, si rifiuti di stipulare il contratto, procurando un conseguente danno alla collettività

Calcolo garanzie. Il calcolo degli importi delle garanzie provvisoria e definitiva, recepisce in modo eccessivamente macchinoso i meccanismi di riduzione stabiliti dalla normativa in materia di “green economy”. Inoltre, non appare congruente ammettere la possibilità di costituire anche la garanzia definitiva in contanti atteso che ciò contrasta con l’obbligo di produrre con la garanzia provvisoria la dichiarazione d’impegno a costituire la garanzia definitiva da parte di un garante.

Appalti a corpo e appalti a misura. Il Codice contiene la definizione degli appalti a corpo e degli appalti a misura ma nel dispositivo non fornisce indicazioni né individua i presupposti per il ricorso all’una o all’altra fattispecie. Né tali indicazioni, vista la rilevanza anche in termini di possibile incidenza sulla definizione degli importi contrattuali, potrebbero essere demandati ad un atto di *soft law*.

Esecuzione del contratto. Manca una disciplina sia pure di massima relativa alle penali da applicare in caso di ritardo nell’esecuzione della prestazione da parte dell’appaltatore.

Affidamento direzione lavori. Si evidenzia che appare equivoco il secondo periodo del comma 1 dell'articolo 157 (speculare al comma 5 dell'articolo 91 del Dlgs 163/2006), a tenore del quale *«Nel caso in cui il valore delle attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione sia pari o superiore complessivamente alla soglia di cui all'articolo 35, l'affidamento diretto della direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione al progettista è consentito soltanto per particolari e motivate ragioni e ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione»*. Volendo ragionare a contrario, sembrerebbe di poter desumere che, ove dette prestazioni, cumulate, avessero complessivamente un importo inferiore alla soglia comunitaria, l'«affidamento diretto» al progettista della direzione lavori e del coordinamento sicurezza in fase di esecuzione, sarebbe consentito, a prescindere da qualsivoglia previsione del bando di gara, appunto, trattandosi di «affidamento diretto». Questa logica contorta genera disposizioni critiche (com'è, si ritiene, il secondo periodo del comma 1 dell'articolo 157) che alimentano confusione e distorsioni operative. Si ritiene auspicabile fissare, con una disposizione chiara, la regola secondo cui nella definizione del valore della gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura summenzionati, occorre individuare tutte le prestazioni che si intendono affidare all'esterno (in ossequio al divieto di frazionamento) e che andranno regolarmente computate nel corrispettivo degli onorari da porre a base di gara. L'affidamento delle prestazioni (DL e/o coordinamento sicurezza) che, per qualunque ragione, rimanessero fuori dal computo del valore della gara, non potrà che seguire le regole generali in materia di evidenza pubblica, escludendosi, in tal senso, canali preferenziali in favore del progettista, pure quando la prestazione avesse un importo inferiore a 40.000 euro e seguisse la modalità dell'affidamento diretto (fatta salva la ripetizione dei servizi analoghi, ove prevista nel bando di gara – comma 5, articolo 32, Direttiva 2014/24/UE). Prova ne sia che la disposizione recata dall'articolo 130, comma II, lettera b), del Dlgs 163/2006 – che prevedeva l'affidamento diretto dell'attività di direzione lavori, prioritariamente, tra gli altri soggetti, al progettista già incaricato ai sensi dell'articolo 90, co. 6 – è stata considerata disapplicabile in quanto in contrasto con le direttive comunitarie e con le norme del Trattato UE che impongono che tale affidamento debba essere operato scegliendo sul mercato il migliore contraente, secondo le ordinarie procedure concorsuali (Tar Puglia, sezione 3, sentenza 20 febbraio 2010, n. 576).

Criticità nel metodo di individuazione della soglia di anomalia. L'applicazione di taluni metodi proposti dall'art. 97 non appare chiara e percorribile.

Roma, 29 settembre 2016

CONFERENZA DELLE REGIONI E PROVINCE AUTONOME

Aspetti del Processo di Attuazione dei Lavori Pubblici

**Allegato al documento delle Regioni ai fini
dell'Indagine Conoscitiva congiunta delle
Commissioni Parlamentari competenti**

Audizione 4 ottobre 2016

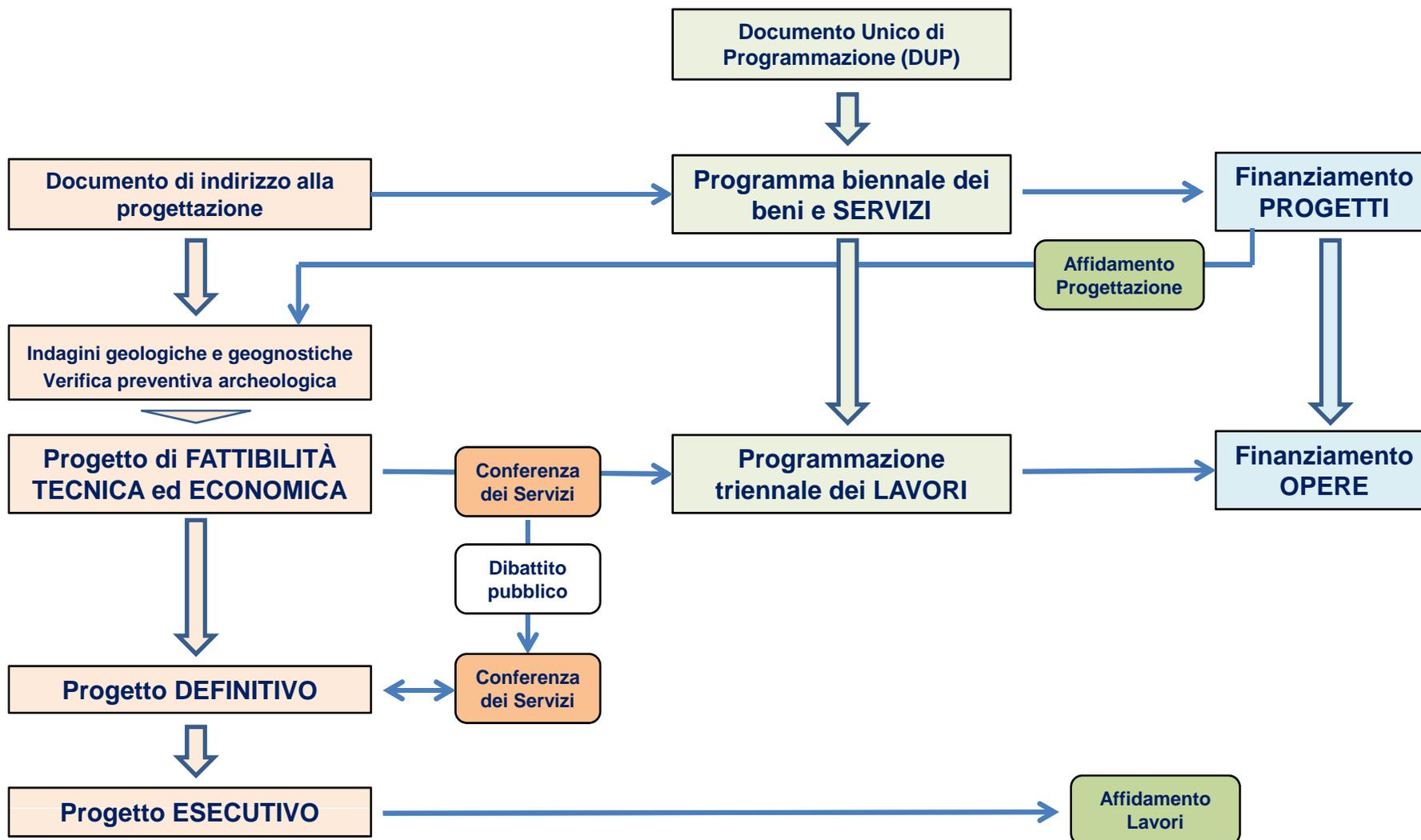
Elaborazione effettuata con il supporto del Struttura Tecnica
della Conferenza delle Regione e Province autonome

ITACA

Istituto per l'Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la compatibilità ambientale

FLUSSO PROCESSO DI AFFIDAMENTO LAVORI PUBBLICI

PROGRAMMAZIONE FINANZIAMENTO PROGETTAZIONE APPROVAZIONE AFFIDAMENTO



Conferenza delle Regioni e Province autonome
 Commissione Infrastrutture, mobilità e Governo del Territorio
 Allegato al documento delle Regioni - Aspetti del Processo di Attuazione dei Lavori Pubblici

FASI PROCESSO DI AFFIDAMENTO DI LAVORI PUBBLICI



PROGRAMMAZIONE BENI E SERVIZI

PROGRAMMA BIENNALE DI BENI E SERVIZI

Il programma biennale è adottato in coerenza con il bilancio dell'Ente e contiene beni e servizi ≥ 40 mila euro, nel quale sono ricompresi i servizi di architettura e ingegneria

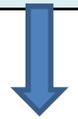


ELENCO ANNUALE DI BENI E SERVIZI

PROGRAMMAZIONE LAVORI PUBBLICI

PROGRAMMAZIONE TRIENNALE LAVORI PUBBLICI

La programmazione triennale è adottata in coerenza con il bilancio dell'Ente e contiene lavori ≥ 100 mila euro. Prende avvio con il Documento Unico di Programmazione (DUP) adottato dall'Ente entro il 31 luglio di ogni anno.



ELENCO ANNUALE DEI LAVORI PUBBLICI

Per i lavori da inserire nell'elenco annuale ≥ 1 milione di euro è necessario l'approvazione preventiva del progetto di fattibilità tecnica ed economica

FASI PROCESSO DI AFFIDAMENTO DEI LAVORI PUBBLICI



FINANZIAMENTO

FINANZIAMENTO SERVIZI DI INGEGNERIA E ARCHITETTURA

L'elenco annuale di beni e servizi riporta i mezzi finanziari stanziati o disponibili dal bilancio dell'Ente, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle Regioni, o altri Enti pubblici.



FINANZIAMENTO DI LAVORI PUBBLICI

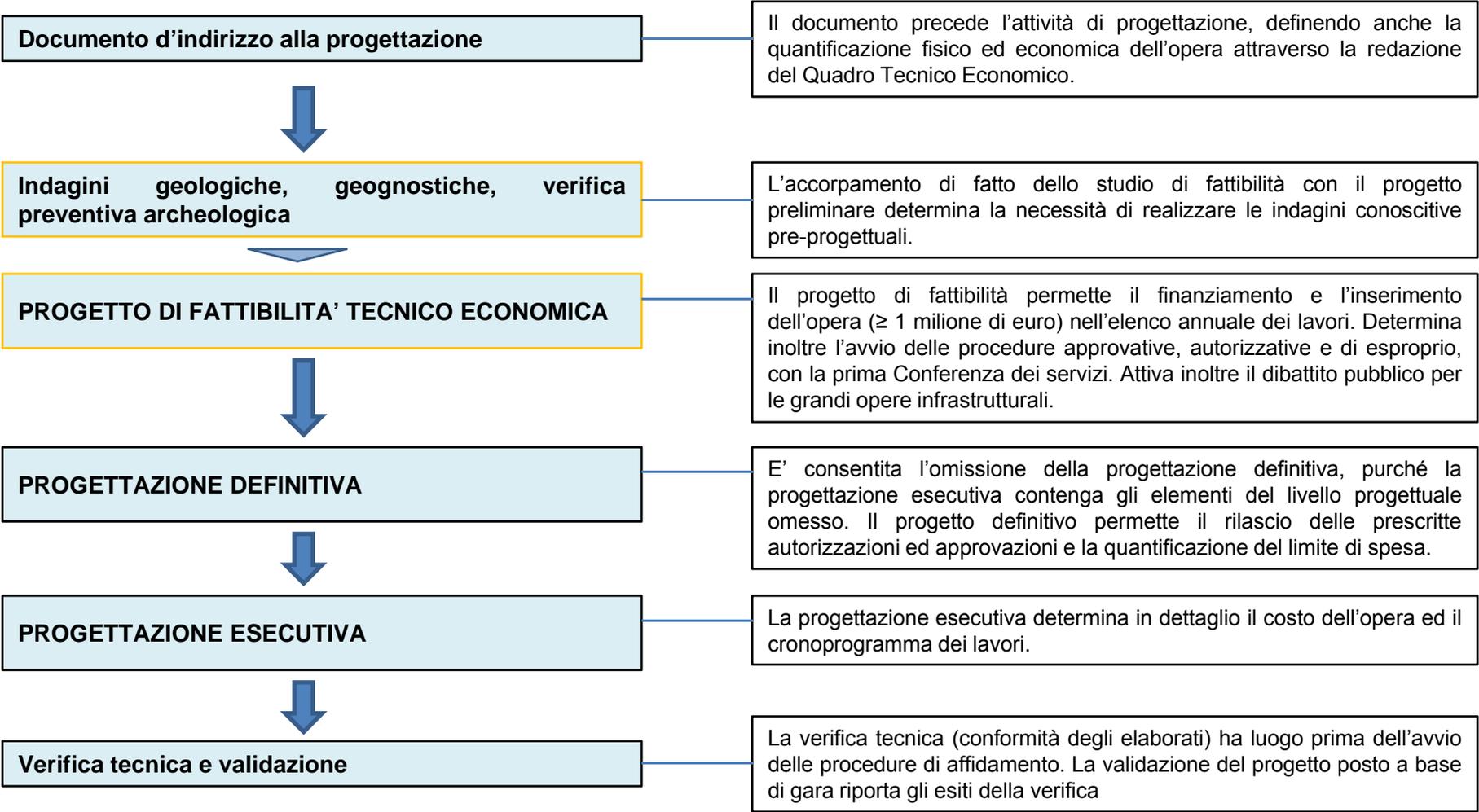
L'elenco annuale di lavori pubblici riporta i mezzi finanziari stanziati o disponibili dal bilancio dell'Ente, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle Regioni, o altri Enti pubblici.

La separazione tra progetto ed esecuzione dei lavori tracciata dal nuovo Codice dei contratti pubblici, ha determinato la separazione dei rispettivi finanziamenti e della programmazione.

FASI PROCESSO DI AFFIDAMENTO DEI LAVORI PUBBLICI



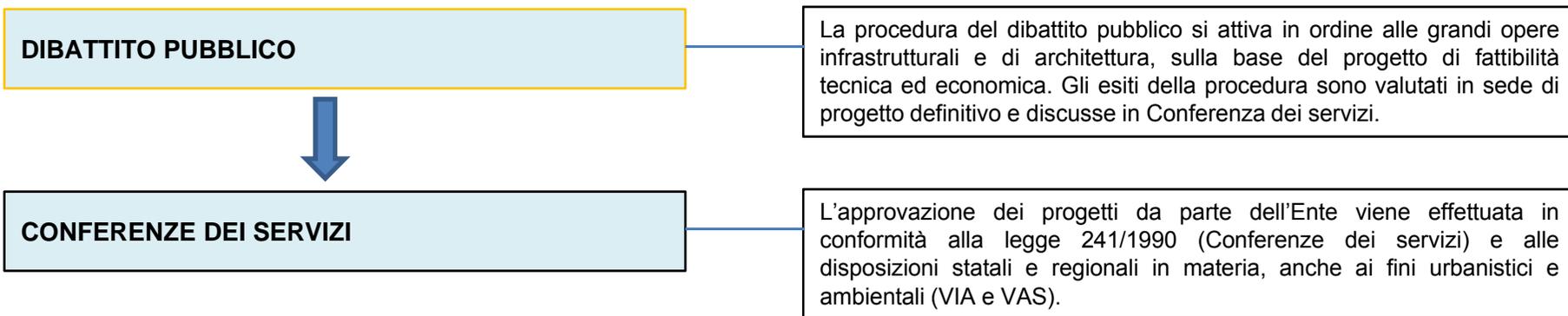
PROGETTAZIONE



FASI PROCESSO DI AFFIDAMENTO DEI LAVORI PUBBLICI



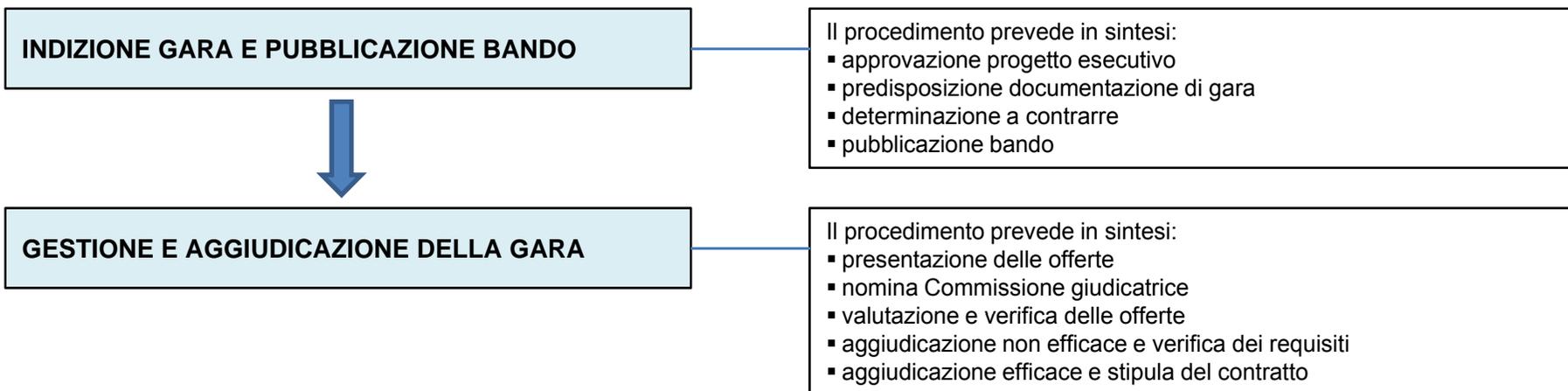
ITER PARERI APPROVAZIONE PROGETTI



FASI PROCESSO DI AFFIDAMENTO DEI LAVORI PUBBLICI



AFFIDAMENTO DEI LAVORI PUBBLICI – PROCEDURA APERTA SUPERIORE 1 MILIONE DI EURO



TEMPI DI ATTUAZIONE DELLE OPERE PUBBLICHE

Il **Rapporto 2014 dell'Unità di Verifica degli Investimenti Pubblici (UVER)** del Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica (DPS), che ha analizzato un campione di oltre 35.000 progetti, ha evidenziato che il valore economico delle opere incide in modo sostanziale su tutte le fasi di attuazione delle stesse: progettazione, affidamento ed esecuzione.

Per opere da 10 a 20 milioni di euro è stato stimato che per la **fase di progettazione**, in vigore del d.lgs 163/2006, occorrono **4,0 anni**, per la **fase di affidamento**, occorre **1 anno**, e per la **fase di esecuzione** **3,8 anni**, per un **totale di 8,7 anni**. Risulta pertanto evidente che la **fase di progettazione occupa quasi la metà del tempo di realizzazione di un'opera pubblica**.

Rapporto UVER 2014					
Durata media delle fasi di attuazione delle opere pubbliche					
Milioni (euro)	Progettazione	Affidamento	Tempi medi progett/affidam (anni)	Esecuzione	Tempi medi attuazione (anni)
> 100	6,0	1,3	7,3	7,2	14,6
50 - 100	5,0	1,2	6,2	5,4	11,6
20 - 50	4,7	1,1	5,8	4,4	10,2
10 - 20	4,0	1,0	5,0	3,8	8,7
5 - 10	3,6	0,8	4,4	3,2	7,7
1 - 2	3,0	0,7	3,7	2,1	5,8

Riferimenti: "Rapporto 2014 – I tempi di attuazione e di spesa delle opere pubbliche" DPS – articolo "Il ciclo della programmazione e del progetto nel nuovo codice degli appalti e concessioni" di Karrer - Parisi pubblicato il 02/08/2016.