NUOVO CODICE APPALTI: LA SEMPLIFICAZIONE RESTA UN MIRAGGIO?

NICOLINO MASTRODONATO

Il nuovo Codice Appalti si presenta come una riforma i cui punti chiave dovrebbero essere Semplificazione, Trasparenza, Lotta alla corruzione e Qualità. Da una prima analisi delle Linee Guida, in particolare degli indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, sembra che gli obiettivi del legislatore siano ben lontani dall'essere raggiunti e che la tanto sbandierata riduzione degli articoli sia solo apparente. Infatti, la completa operatività della riforma è legata a 34 decreti attuativi, di competenza ministeriale, e 12 linee guida, la cui emanazione è demandata all'ANAC.

Il Nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni (D.Lgs 19 aprile 2016 n. 50) è stato presentato dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, Graziano Delrio, come "*una corposa riforma che mira a rendere il sistema dei lavori pubblici e delle concessioni finalmente all'altezza di un grande Paese europeo.*"

Secondo il capo del dicastero *"Semplificazione, trasparenza, lotta alla corruzione, e qualità"* sono gli elementi chiave della riforma; sul primo punto, ovvero sullo snellimento delle norme, il Ministro sciorina i numeri evidenziando che si è passati con il vecchio codice "*da 660 articoli e 1500 commi*" agli attuali "*217 articoli con una scelta di grandissima semplificazione e recepimento delle direttive europee*".

In realtà, leggendo con un minimo di attenzione il provvedimento, già nella versione in bozza, si nota chiaramente come l'obiettivo del legislatore, ovvero la semplificazione, sia ben lontano dall'essere raggiunto e la tanto sbandierata riduzione degli articoli sia solo apparente. Infatti, la completa operatività della riforma è legata a ben 34 decreti attuativi, di competenza ministeriale, e 12 linee guida, la cui emanazione è demandata all'ANAC.

LA SOFT-REGULATION È UN PROCESSO CHE IL NOSTRO PARLAMENTO HA DECISO DI ADOTTARE NON SOLO PER LA RIFORMA DEGLI APPALTI, MEDIANTE IL QUALE SI ABBANDONA LA REGOLAZIONE DELLA MATERIA, ATTRAVERSO DISPOSIZIONI DI LEGGE O REGOLAMENTARI, PER LASCIARLA, INVECE, A PRONUNCE INTERPRETATIVE O LINEE GUIDA DI AUTORITÀ DI VARIA NATURA.

CHE COSA SONO E CHE FUNZIONE HANNO LE LINEE GUIDA DELL'ANAC?

Queste, secondo quanto si legge sul sito dell'Autorità stessa, derivano da un disegno preciso del nuovo Codice, il quale intende superare "*il Regolamento di esecuzione e attuazione in favore di un sistema basato sulla soft-regulation*", demandando "*l'attuazione delle disposizioni codicistiche […] all'emanazione di atti di indirizzo e di linee guida di carattere generale, da approvarsi con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e previo parere delle competenti commissioni parlamentari*".
Gli inglesismi, che vanno tanto di moda nel nostro Paese, sono utili, in realtà, per mascherare l'assenza di idee. La soft-regulation è un processo che il nostro Parlamento ha deciso di adottare non solo per la riforma degli appalti, mediante il quale si abbandona la regolazione della materia, attraverso disposizioni di legge o regolamentari, per lasciarla, invece, a pronunce interpretative o linee guida di autorità di varia natura. Nel caso specifico, con la riforma degli appalti, si vuole abbandonare il "vecchio" regolamento di esecuzione del codice dei contratti, di cui al D.P.R. 207/2010, per sostituirlo con poteri di regolamentazione, non ancora ben definiti, attribuiti all'ANAC, questo in barba alla tanto decantata semplificazione.
Il clima di incertezza è ulteriormente alimentato dal Consiglio di Stato il quale differenzia le linee guida in vincolanti e non. I giudici di Palazzo Spada precisano il carattere non vincolante dei provvedimenti adottati dall'ANAC, in riferimento all'art. 213 comma 2 del nuovo Codice, i quali possono soltanto offrire un supporto nell'interpretazione del quadro normativo, senza dettare regole obbligatorie; come si legge nel Parere n. 1767 del 2 agosto 2016 essi "*perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti*".
Hanno invece carattere vincolante i provvedimenti adottati dall'ANAC in ossequio a disposizioni integrative, dettagliatamente previste nell'articolato del nuovo Codice (escluse, ovviamente, quelle di cui al sopracitato art. 213, comma 2) e "*non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare*".
Al riguardo, il CdS segnala che, se si tratta di linee guida vincolanti, l'ANAC deve delineare in modo chiaro e preciso il "precetto" vincolante, precisando, inoltre, che l'amministrazione può non osservare le linee guida se la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC.

Ad oggi sono state pubblicate, in via definitiva, n. 5 linee guida, ovvero:
Linee guida n. 1: **indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria** - Delibera n. 973 del 14 settembre 2016 (Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 228 del 29 settembre 2016).
Linee guida n. 2: **offerta economicamente più vantaggiosa** - Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 (Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 238 dell'11 ottobre 2016).

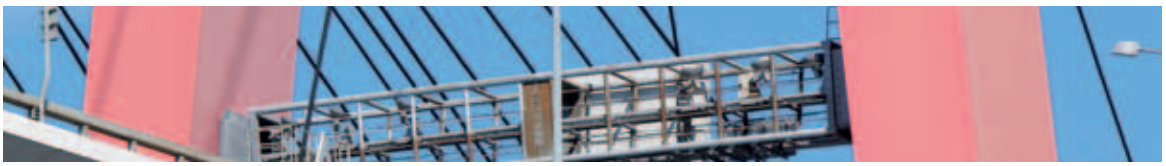
l'articolo segue a p. 21 >

> > segue da p. 12
NUOVO CODICE APPALTI: LA SEMPLIFICAZIONE RIMANE UN MIRAGGIO?

Linee guida n. 3: **nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni** - Delibera n. 1096 del 26 ottobre 2016 (Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 273 del 22 novembre 2016).
Linee guida n. 4: **procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici** - Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 (Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 273 del 22 novembre 2016).
Linee guida n. 5: **criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici** - Delibera n. 1190 del 16 novembre 2016 (Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 283 del 3 dicembre 2016).

ANALISI DELLE LINEE GUIDA N. 1

Analizziamo, in questa sede, le Linee guida n. 1 approvate e pubblicate in via definitiva.
Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), con Determinazione n. 973 del 14 settembre 2016, ha adottato le Linee guida n. 1 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante gli "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria*"; il testo, approvato in via definitiva, è stato adeguato al parere del CdS n. 1767/2016.
La descrizione del contesto normativo, delle motivazioni, degli obiettivi e delle fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione delle Linee guida, è riportata nella allegata Relazione AIR (Analisi di impatto della regolamentazione), ove viene altresì data evidenza delle ragioni che hanno condotto l'ANAC nell'adozione di alcune scelte di fondo, soprattutto con riferimento alle più significative osservazioni formulate in sede di consultazione.
Le suddette linee guida non sono specificamente previste dal nuovo Codice; le stesse, infatti, sono state emanate ai sensi dell'art. 213 comma 2 per fornire indicazioni, agli operatori del mercato e alle stazioni appaltanti, coerenti con il nuovo quadro normativo e con la finalità di colmare il vuoto normativo che si è venuto a determinare con l'abrogazione, quasi integrale, della parte III del D.P.R. 207/2010 ad opera della nuova normativa di cui al D.Lgs. 50/2016. Le stesse, sulla base delle precisazioni rese dal Consiglio di Stato nel parere n. 1767, rientrano in quelle "non vincolanti" e possono, quindi, essere disattese dalle amministrazioni, con adeguate motivazioni.
Si riporta nel seguito una sintesi dei contenuti più rilevanti delle Linee Guida n. 1.
In primo luogo l'ANAC analizza il quadro normativo, riepilogando i punti cardine reperibili nel D.Lgs. n. 50/2016, tra i quali:
L'ANAC al punto II.2.1., nell'ottica della disposizione sopra citata, la quale prevede che di norma il progetto esecutivo e quello definitivo siano redatti dallo stesso soggetto, nonché della disposizione di cui all'art. 24, comma 7, del D.Lgs. 50/2016, in base al quale gli affidatari di incarichi di progettazione non possono essere affidatari degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione, afferma che può ritenersi "*ammissibile la partecipazione alla gara per il servizio di progettazione definitiva ed esecutiva anche del progettista*



che ha redatto l'eventuale progetto di fattibilità tecnica e economica".

Entrando nel merito delle "*indicazioni operative*" l'ANAC (Punto III.2.1) afferma l'obbligatorietà per le stazioni appaltanti di determinare i corrispettivi per i servizi di ingegneria e architettura, applicando rigorosamente i parametri di cui al D.M. 17 giugno 2016 e dei successivi decreti che aggiorneranno tali parametri.

Tale principio di obbligatorietà deriva dall'inserimento, nella versione definitiva delle Linee guida, del richiamo all'art. 9, comma 2, penultimo ed ultimo periodo, del D.L. 1/2012 (convertito dalla L. 27/2012) modificato, successivamente, dall'art. 5 della Legge 134/2012, nel quale è precisato che "*Ai fini della determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria […] si applicano i parametri individuati con il decreto […]. I parametri individuati non possono condurre alla determinazione di un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali vigenti prima dell'entrata in vigore del presente decreto*".

Dalla suddetta norma di rango legislativo, richiamata dall'ANAC, si evince chiaramente l'obbligatorietà, secondo l'Autorità, del ricorso ai parametri ministeriali per la determinazione dell'importo a base di gara, a dispetto della facoltatività espressa nel testo del D.M. 17 giugno 2016. A tal fine si osserva che le linee guida, peraltro non vincolanti, non possono dare indicazioni difformi dalla norma primaria, ovvero dall'art. 24 comma 8 del D.Lgs n. 50/2016 il quale precisa che "*I predetti corrispettivi possono essere utilizzati dalle stazioni appaltanti, ove motivatamente ritenuti adeguati quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo dell'affidamento*".

L'ANAC inoltre, per motivi di "*trasparenza e correttezza*", ribadisce l'obbligatorietà di riportare, nella documentazione di gara, il procedimento adottato per il calcolo dei compensi posti a base di gara. Ciò per consentire ai potenziali concorrenti di verificare la congruità dell'importo fissato e l'assenza di eventuali errori di impostazione o di calcolo, permettendo al contempo di accertare che il procedimento non produca tariffe superiori a quelle derivanti dal sistema precedente, come previsto dalla norma appena menzionata.

Per gli incarichi d'importo inferiore a € 100.000,00, per i quali le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento tramite procedura negoziata, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti (art. 36, comma 2, lettera *b)*, del Codice), l'ANAC ritiene che, al fine di garantire una maggiore partecipazione, l'istituzione dell'elenco e l'avvio dell'indagine, avvengano nel rispetto del principio di trasparenza, dandone adeguata pubblicità, mediante un avviso contenente criteri e requisiti, da inviarsi agli Ordini professionali (punto IV.1.1.2). Lo stesso dicasi per l'aggiornamento periodico degli elenchi.

Quanto agli affidamenti di importo superiore a € 100.000,00, dopo aver rilevato che il quadro normativo vigente non fornisce indicazioni specifiche in ordine ai requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura, l'ANAC, al Punto IV.2.2.2, ha individuato una serie di requisiti tra cui: il fatturato globale, il fatturato specifico, ecc.

Da ultimo si segnala che nel Capitolo VI delle linee guida l'ANAC individua i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.