

Il Consiglio di Stato ha reso, in sede consultiva, il parere sullo schema di decreto correttivo al codice dei contratti pubblici

[Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782](#), reso sullo Schema di decreto legislativo recante “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.

1. La competente commissione speciale del Consiglio di Stato ha reso il parere di cui in epigrafe, avente ad oggetto il decreto correttivo del nuovo codice dei contratti pubblici che, secondo la norma di delega, dovrà essere approvato entro il 19 aprile 2017.

Il parere in oggetto segue quello reso sul testo originario del codice e i sedici resi su diversi atti attuativi.

2. Preliminarmente, il parere ha individuato i limiti formali e sostanziali del potere correttivo:

a) il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere, e tale mancato esercizio non può essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi;

b) con il correttivo sono consentite “integrazioni e correzioni” (anche rilevanti), a seguito di un periodo di “sperimentazione applicativa”;

c) lo strumento del correttivo non può costituire una sorta di ‘nuova riforma’, pur rispettosa della delega originaria, che modifichi le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega, attuando un’opzione di intervento radicalmente diversa da quella del decreto legislativo oggetto di correzione.

Gli interventi correttivi ed integrativi vengono classificati in quattro categorie principali.

a) eliminazione di refusi ed errori materiali;

b) coordinamento “esterno” del codice appalti con altri ambiti normativi, e implementazione delle abrogazioni espresse di fonti normative non più attuali;

c) eliminazione di errori formali e sostanziali di recepimento delle direttive europee e di attuazione della legge delega;

d) rimedio a difficoltà insorte nella prima applicazione dei nuovi istituti, come emerso dalle audizioni, dal dibattito dottrinale e dalla prima giurisprudenza.

L’ultimo obiettivo non può essere pienamente centrato dallo schema di correttivo in quanto, non essendo stato completato il quadro degli atti attuativi, una buona parte del codice non ha ancora avuto pratica applicazione, e non è stato possibile cogliere a pieno le criticità applicative da correggere.

In tale ottica, se per un verso il parere evidenzia l’opportunità di estendere il termine per il correttivo a due anni, al fine di avere un adeguato periodo di sperimentazione, per

un altro verso si ribadisce l'auspicio che legislazione sugli appalti pubblici abbia maggiore stabilità e non venga di continuo modificata, come la precedente (cambiata oltre 50 volte), al fine di garantire al settore regole chiare e certe.

3. In termini di esame delle norme, il parere evidenzia come lo schema di decreto correttivo esaminato venga a modificare 119 dei 220 articoli del codice.

In dettaglio emergono le seguenti indicazioni, ambito per ambito.

Società in-house.

Si auspica un migliore coordinamento tra il codice dei contratti pubblici e il testo unico sulle società pubbliche.

Progetti e progettisti.

Deve esservi un coordinamento, rimesso al livello politico, tra i prezzari regionali per i lavori pubblici e i prezzi standard determinati dall'ANAC.

Deve esservi maggiore chiarezza sul criterio di scomputo dei costi della manodopera dal costo dell'appalto soggetto a ribasso d'asta.

Vanno valorizzate le professionalità interne alle pubbliche amministrazioni, fissando la priorità della progettazione interna rispetto a quella esterna, già prevista dal codice del 2006.

Va riconsiderata l'introduzione dell'obbligo, per i progettisti dipendenti pubblici, di iscrizione all'Ordine professionale, in assenza di una riflessione più ampia di carattere ordinamentale, sulla legge professionale.

Non può imporsi in modo cogente alle stazioni appaltanti l'utilizzo degli onorari professionali approvati con decreto ministeriale.

Contratti sotto soglia.

Un numero minimo troppo alto di imprese da invitare rischia di vanificare le esigenze di semplificazione.

In nome della celerità e semplificazione non può essere sacrificata la necessità di un rigoroso controllo sull'assenza di condanne penali e interdittive antimafia per l'affidatario di contratti sotto soglia.

Qualificazione delle stazioni appaltanti.

I casi di stazioni appaltanti qualificate *ex lege* sono tassativi e non vanno ampliati.

Anche le articolazioni territoriali di una stazione appaltante qualificata devono avere un'organizzazione proporzionata e dedicata, per poter gestire gare di appalto.

Qualificazione degli operatori economici.

La qualificazione deve essere affidata ad un vero e proprio regolamento e non a linee guida.

La qualificazione non deve essere cartolare ma effettiva: può essere attribuita per prestazioni effettivamente eseguite, in un arco temporale ragionevole.

Nei consorzi, e in caso di subappalto, occorre evitare di attribuire la qualificazione per prestazioni non eseguite in proprio.

Appare irragionevole attribuire la qualificazione per esperienze pregresse molto remote nel tempo, salva la possibilità di una disciplina transitoria per esigenze congiunturali.

Il rating di impresa va meglio coordinato con quello di legalità, anche in relazione alla funzione premiale di entrambi.

La gratuità del soccorso istruttorio, voluta dalla legge delega, non esclude la possibilità che sia addossato al concorrente il costo del servizio, anche in funzione di deterrenza di condotte negligenti.

Appalti misti di progettazione ed esecuzione.

Alcune delle nuove ipotesi di appalto misto di progettazione ed esecuzione, sebbene in astratto consentite dalle direttive europee, non sembrano trovare piena rispondenza nella legge delega.

Commissari di gara esterni.

Una commissione di gara esterna non è necessaria quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso.

Non è condivisibile l'articolazione regionale dell'albo dei commissari di gara, perché non assicura gli obiettivi della riforma (commissari non radicati nel territorio in funzione di prevenzione della corruzione).

Garanzie.

E' corretto prevedere esoneri e riduzioni delle garanzie per contratti sotto i 40.000 euro per agevolare le piccole e medie imprese, ma va stabilito se il beneficio è cumulabile o no con altri in tema di garanzie.

E' corretto ripristinare il vincolo di solidarietà tra garanti e l'escussione della garanzia anche in caso di fatto meramente colposo dell'aggiudicatario.

Aggiudicazione al prezzo più basso e offerte anomale.

Fermo il rispetto della delega che privilegia l'aggiudicazione secondo criteri qualitativi rispetto all'aggiudicazione al prezzo più basso, quest'ultima non può prescindere da un corretto progetto esecutivo.

Consentire, in nome dell'urgenza, l'appalto integrato in combinato disposto con il prezzo più basso, potrebbe tradire gli obiettivi della riforma degli appalti, quanto a qualità delle prestazioni e divieto di varianti.

Il sorteggio del criterio di determinazione della soglia di anomalia è utile a fugare il rischio di collusioni nelle gare aggiudicate al prezzo più basso.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a sua volta, richiede stazioni appaltanti qualificate, e può presentare il rischio di un'eccessiva discrezionalità non facilmente controllabile.

Non va elevata la soglia di individuazione delle offerte anomale.

Non vanno introdotti automatismi eccessivi nell'esclusione delle offerte anomale, in ogni caso preclusi per gli appalti di interesse transfrontaliero.

Subappalto.

Considerate le specificità del contesto nazionale, è preferibile non rimuovere gli attuali limiti al subappalto, nonostante le direttive in astratto lo consentano.

I casi di terna obbligatoria dei subappaltatori devono essere stabiliti dal codice e non rimessi totalmente alle stazioni appaltanti.

Vanno fissati senza automatismi assoluti i casi in cui può essere vietato il subappalto in favore di un originario concorrente alla gara, demandando preferibilmente a linee guida dell'ANAC i criteri orientativi della discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Vanno fissati limiti chiari all'utilizzo dei lavori subappaltati per la qualificazione dell'appaltatore.

Appalti nei servizi sociali.

Va mantenuta la scelta proconcorrenziale del codice che assoggetta gli appalti nei servizi sociali alle regole comuni, con poche deroghe, e non va ampliato il regime di sottrazione alla concorrenza.

Appalti della protezione civile.

Gli appalti della protezione civile mediante affidamento diretto presuppongono una situazione di urgenza qualificata, subordinata a una declaratoria di emergenza, e non possono essere ammessi in situazioni fronteggiabili in via ordinaria, o in cui non vi sia una declaratoria dello stato di emergenza da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Concessioni, anche autostradali.

Non può essere elevata dal 30% al 49% la percentuale del concorso pubblico al rischio del concessionario, né quella dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPPC).

Non possono essere previste deroghe agli obblighi di esternalizzazione dei concessionari autostradali, per le manutenzioni ordinarie e gli affidamenti di importo inferiore a 150.000 euro, perché in contrasto con la legge delega.

Va rispettato anche nella sostanza il principio di delega che richiede il tempestivo avvio delle gare in relazione alle concessioni autostradali scadute o in scadenza e per l'effetto, entro il termine massimo assegnato, i bandi di gara vanno non solo predisposti, ma pubblicati.

Tutela giurisdizionale.

Si assicuri la piena conoscibilità della motivazione e il pieno accesso agli atti di gara in tempo utile per la loro autonoma impugnazione giurisdizionale.

Il rito accelerato in materia di appalti necessita di ulteriore sperimentazione e applicazione prima di eventuali correzioni.

Abrogazioni.

I principi di semplificazione, chiarezza e certezza delle regole impongono che sia incrementato l'elenco delle abrogazioni espresse e che vi sia un migliore coordinamento del codice con altre fonti normative.