Federazione Industrie
Prodotti Impianti Servizi
ed Opere Specialistiche
per le Costruzioni

Nota di primo impatto su bozza Decreto Delegato per la riforma del Codice degli Appalti

Sintetica analisi di impatto

Aspetti ordinamentali e breve carrellata dei punti di merito di maggiore interesse per Finco

1 Aspetti ordinamentali

Un'analisi di impatto plausibile vuole più tempo di quanto non abbiamo, in quanto la materia andrà a breve in Consiglio dei Ministri.

Procediamo quindi per aspetti salienti e novità debordanti il livello ordinamentale attuale.

Proprio su questo livello il testo desta le maggiori preoccupazioni.

L'impianto attuale è, infatti, costituito dal Codice degli Appalti, dal relativo Regolamento (D.P.R.) e da una serie di regolazioni collaterali e di dettaglio, espresse in decreti ministeriali del MIT e in Determine della AVCP: solo quest'ultimi pezzi restano in vita ove non confliggenti con il nuovo codice in approvazione: il vecchio D.P.R. 207/10 invece è in via di abolizione.

Questo significa che sia le norme che sono state eliminate dal Codice, sia tutti i contenuti del D.P.R. suddetto, vengono lasciate alla c.d. soft law di ANAC che, per alcuni casi, può assumere il rango di vera e propria norma cogente.

Ebbene, tutta questa parte cassata, che quantitativamente e tecnicamente costituisce la maggior parte dell'attuale normativa, è ancora tutta da scrivere e, salve alcune indicazioni di principio contenute sia nella Legge Delega che nella bozza di Decreto Delegato, non sappiamo bene quali contenuti e quale forma assumerà.

Una cosa, tuttavia, è certa: sulla gran parte mancante, una vera e propria materia oscura che pervade attualmente l'universo dei LLPP, gli operatori non potranno più intervenire, ma nemmeno il Parlamento ed il Ministero.

Forse per ogni intervento di ANAC permarrà, come è adesso, un documento di consultazione con gli addetti, prima del varo del provvedimento? Neppure questo sappiamo.

Ma non basta: la governance viene ulteriormente allargata ad una Cabina di Regia che dipende direttamente dal Consiglio dei Ministri.

Tutta questa nuova dislocazione dei poteri rischia di creare conflitti di attribuzione che potrebbero ingessare il sistema anziché snellirlo, per non parlare del contenzioso che finirebbe per moltiplicarsi.

In questo quadro di riferimento profondamente mutato dei LLPP, si inscrivono tutte le novità contenutistiche descritte sia nella Legge Delega che nella bozza di Decreto Delegato, su quest'ultimo provvedimento sentiremmo anche l'esigenza di un più attento controllo circa eccessi (ed a volte vere e proprie mutazioni) rispetto ai principi di delega che, pur in prima lettura, si intravedono (liberalizzazione subappalto, ad esempio).

La presenza di precisi riferimenti alla qualificazione unica delle imprese è solo generica: l'argomento è tutto rimandato alla futura normazione ANAC su criteri, modalità, ruolo SOA, riconoscimento delle specializzazioni.

Questo aspetto, che appare essere il centro del problema perché investe l'intera professionalità degli esecutori dei LLPP, non viene trattato nel Decreto Delegato, ma lasciato alla soft law, seppur, in taluni tratti, rinforzata a cogenza di legge.

Che fine farà tutto quel patrimonio di prassi, di buone pratiche, di nutrimento dello stato dell'arte che in questi anni è maturato nel rapporto, a volte anche conflittuale, fra le SOA e gli operatori?

Riuscirà Anac a raccogliere tutta questa eredità, particolarmente importante per le categorie specialistiche e superspecialistiche, e se, possibile, portarla ad un sostanziale miglioramento?

In questa seconda fase del disegno del nuovo sistema potrebbe avvenire un crollo, ove non adeguatamente sostenuto da una forte analisi di materialità.

Occorre trovare stanze di consultazione con gli operatori e le associazioni che li rappresentano in tale seconda fase del percorso, che appare, fin da ora, la più difficile e complessa.

2 Principali aspetti tematici

Ciò premesso andiamo ad esaminare alcuni aspetti di merito sui quali un'analisi di impatto della nuova legislazione potrebbe riservare qualche problema e qualche spiacevole esito.

1) Art. 52: suddivisione in lotti.

L'obbligo di suddivisione in lotti funzionali è sancito, ma può essere agevolmente svuotato di contenuto in quanto l'articolo prevede la possibilità, a discrezione della stazione appaltante, di attribuire tutti i lotti - o larga parte di essi - allo stesso concorrente, il che vanifica l'efficacia della disposizione. Questa dichiarazione di principio con via di fuga riguarda questo, ma anche altri istituti la cui applicazione, per tali versi, viene di fatto vanificata. Occorrerebbe limitare l'ipotesi di affidamento dei lotti ad un unico concorrente ai soli casi di assenza di altre offerte;

2) art. 54: accordo quadro.

Il Ministro Del Rio - nel rispondere in question-time ad una interrogazione - si era impegnato a predisporre un testo che evitasse che l'accordo quadro assumesse caratteristiche elusive della concorrenza. Nel testo si ritrova riportato in modo

generico il principio di cui sopra, senza nessun concreto limite né qualitativo nel quantitativo. Per di più questa generica frase è collocata al comma 6) dell'articolo che tratta dei settori speciali, onde letteralmente si riferirebbe solo a quest'ultimi: occorrerebbe pertanto portare la frase al capoverso successivo;

3) sistema unico di qualificazione artt. 83, 84.

ANAC emette linee guida obbligatorie, aventi valore di legge sull'intero sistema di qualificazione nei LLPP: con quale strumento?

ANAC, inoltre, provvede all'autorizzazione, al controllo ed alle ispezioni delle SOA. E' possibile il verificarsi di un conflitto di interessi fra regolatore e controllore immedesimati. Inoltre il sistema di qualificazione dovrebbe rivedere i contenuti di tutte le categorie di lavori previsti e salvaguardarne le specificità. Quanto alla soglia di 150.000/ 1 milione di euro per i LLPP ai fini della obbligatorietà della qualificazione, ciò non significa che a livello volontario il sistema SOA non possa venir usato anche sotto soglia, nonché per le forniture di beni e servizi;

4) art. 105 subappalto.

Viene reintrodotto, il pagamento diretto al subappaltatore nonché al fornitore di beni e lavoro e prestatore di servizi da parte della stazione appaltante. Si tratta di un grosso successo, non solo di per sé, ma anche per gli effetti che questo potrà avere nell'impostazione complessiva degli appalti pubblici in Italia: è prevedibile, infatti, che le stazioni appaltanti preferiranno pagare direttamente il vincitore di un lotto, prescelto dalla stazione stessa, piuttosto che un subappaltatore di esclusiva fiducia dell'appaltatore. Di contro tutto il sistema del subappalto viene sciolto dai vincoli presenti nella vigente legislazione, a cominciare dalla soglia dell'30%. Se la reazione delle stazioni appaltanti sarà quella di prediligere i lotti funzionali al subappalto a causa del pagamento diretto, tale liberalizzazione non dovrebbe essere preoccupante. Ma se, al contrario, tale liberalizzazione dovesse dare maggior forza al subappalto, ci sarebbe da temere, particolarmente sotto il profilo delle infiltrazioni della delinquenza organizzata. Occorrerebbe analizzare l'impatto di questa norma per un congruo periodo, per ben renderci conto di come reagirà il mercato.

5) capo III (Artt. da 145 a 152) appalti del settore dei Beni Culturali: La norma prevede che i lavori riguardanti BBCC siano appaltati solo con il progetto esecutivo (che definisce nel dettaglio le operazioni da eseguire). Ciò è coerente con la delega a valorizzare la fase progettuale, ma rimarrebbe solo formale e non sostanziale laddove le idonee prove e le campionature delle metodologie d'intervento, pur previste in tale

fase, non fossero inderogabili. Più coerente con tali principi, piuttosto, sarebbe consentire la possibilità di appaltare le opere con un livello progettuale inferiore (definitivo) ma comunque corredato dalle campionature sopra richiamate.

Al fine di non creare una contraddizione nell'applicare la modalità di appalto dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i BBCC, questa dovrebbe essere consentita solo ove i concorrenti potessero verificare in situ, con prove e campionature, le soluzioni migliorative da proporre.

E' importante, inoltre, sottolineare come tra gli articoli dedicati ai Beni Culturali non vi siano al momento disposizioni che rispondano al principio della Legge delega la quale, all'art 1 comma "o", invitava a predisporre il riordino e la semplificazione della normativa su beni culturali "prevedendo altresì modalità innovative per le procedure di appalto".

6) la governance (articolo 213) è argomento già trattato in questa relazione nella parte iniziale dove sono stati esaminati gli aspetti ordinamentali del Decreto Delegato;

7) art. 201 Contraente Generale.

Si auspicava la cancellazione di questa figura unitamente alla Legge Obiettivo (441/01). Non è così: resta la incompatibilità fra General Contractor e direttore dei lavori espresso dallo stesso. Meglio che niente….

8) Periodo transitorio: all'abolizione del Regolamento vigente fa da contraltare una moratoria per l'entrata in vigore di questo nuovo corpo legislativo, fino a completezza della emananda normativa regolamentare di ANAC.

Molte altre questioni abbiamo trascurato andando per punti di maggiore interesse tralasciando tanti punti importanti, ma non veramente prioritari per le categorie specialistiche e PMI in prevalenza rappresentate da Finco.

3 Brevi note di impatto del nuovo sistema dei LLPP in particolare per le categorie specialistiche.

Dall'analisi fin qui svolta, sia sul piano ordinamentale che tematico, su un nuovo sistema nei LLPP, come ridisegnato dal Decreto Delegato, emerge per quanto riguarda le categorie specialistiche, che l'assenza di vincoli a sostegno di tali

categorie, oggettivamente più deboli sotto il profilo economico rispetto alle categorie generali, condanna le prime a precipitare sempre di più in subappalto delle seconde.

Il fenomeno, già in atto con il sistema vigente, con l'attuale riforma diverrà più marcato ed ineludibile.

Infatti:

- anche se la Legge Obiettivo è stata superata, resta nel sistema la figura del General Contractor, con il solo limite, rispetto a prima, dell'introduzione del divieto di scelta del direttore dei lavori;

- per di più si stanno attuando un po' dovunque gli accordi quadro sia per la tendenza ad assemblare le stazioni appaltanti, che per ottenere economie di scala e risparmio di tempi e di costi nelle gare, senza nessun vincolo, fatta eccezione per un generico richiamo all'obbligo di non ledere i diritti di concorrenza, che lascia il tempo che trova;

- il ricorso ai lotti funzionali, di fatto, non viene concretamente inserito in una politica che li veda al centro del nuovo sistema, anzi, la loro promozione appare ben eludibile sia con motivazioni che con possibilità di assegnare nei bandi l' affidamento, senza giustificata necessità, di più lotti allo stesso concorrente;

- infine, il ricorso al subappalto viene totalmente liberalizzato, non prevedendosi più la soglia del 30%, onde è del tutto pronosticabile che l'istituto in futuro si incrementerà in via esponenziale, inglobando le componenti imprenditoriali economicamente più deboli (si intende qui, i più deboli economicamente, non certo meno qualificati), quali le PMI e le specialistiche. Il pagamento diretto al subappaltatore, potrebbe costituire un punto di inversione della tendenza in quanto la stazione appaltante, costretta al pagamento diretto di un operatore non da lei selezionato, potrebbe essere motivata a scegliere la divisione dei lavori in lotti funzionali, nei quali si riserva la scelta direttamente.

Se l'impatto probabile del nuovo sistema sulle categorie specialistiche è questo, occorre immaginare, da subito, come rimediare affinché questa rovinosa caduta di tali categorie nel subappalto, non divenga irreversibile.

Per invertire questo piano inclinato occorrerebbe:

- spingere le stazioni appaltanti a non affidare sempre la governance dell'appalto alla categoria prevalente, ma procedere alla suddivisione in lotti funzionali dei lavori e, ove non possibile, effettuare gare per consorzi verticali (o Reti di impresa se applicabile);

- solo dopo una tale operazione si potrebbe anche ricorrere al subappalto, ma non prima di avere esperito il suddetto tentativo nella predisposizione delle gare;

- pensare ad un sistema unico di qualificazione che tenga conto delle differenze marcate tra OS e OG, in primo luogo per quanto riguarda la soglia d'ingresso: 1 milione di euro per una OS è soglia molto alta, che proporremo di ridurre di oltre la metà;

- ben definire le declaratorie dei profili OS (ma anche delle OG), particolarmente per quelle che prevedono una specializzazione congiunta fra produzione e posa in opera: tale vincolo deve essere considerato inscindibile non solo per realizzare la esecuzione dei lavori ad opera d'arte ma anche al fine di evitare spacchettamenti fra gare di beni, servizi e lavori, che si registrano talvolta per evitare regole e controlli.