

T E L T O L S

18

AUTUNNO 2006

QUADRIMESTRALE
DELL'ORDINE
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI
DI ROMA

Il nuovo codice degli appalti pubblici

GIUSY VIOLANTE*

In attuazione della legge delega del 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004 "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee"), il Consiglio dei ministri ha approvato il nuovo "Codice degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi n. 163 del 12 aprile 2006", entrato in vigore lo scorso 1° luglio 2006, e pubblicato sulla Gu n. 100 del 2 maggio 2006.

Il nuovo Testo unico ha abrogato la Legge Merloni 109/1994, il Dlgs degli appalti di servizi 157/1995, il Dlgs degli appalti nei settori speciali 158/1995 e quello degli appalti delle forniture 358/1995.

A partire dalla sua entrata in vigore, attesa l'emanazione del Regolamento di attuazione, che entrerà in vigore entro il 1° luglio 2007, continueranno ad essere applicate le norme vigenti, in particolare il Regolamento di attuazione della Merloni (DPR 554/1999) ed il Regolamento del sistema di qualificazione (DPR 34/2000).

Ma vediamo quali sono le principali novità delle procedure ad evidenza pubblica per i lavori, i servizi e le forniture, tutte accorpate in un unico testo legislativo, che consentiranno – seppur con alcune perplessità di applicazione pratica –, una maggiore trasparenza ed elasticità

per le stazioni appaltanti, oltre a uno snellimento del contenzioso amministrativo.

Con l'istituto dell'appalto integrato – sospeso fino al 1° febbraio 2007 in attesa del decreto di correzione del ministero delle Infrastrutture – la stazione appaltante, a sua scelta, potrà appaltare i lavori con la sola esecuzione o anche la progettazione esecutiva (con esclusione della progettazione preliminare), nonché la realizzazione con qualsiasi mezzo. Operando in tal modo, il concorrente dovrà possedere tutti i requisiti di qualificazione prescritti per i progettisti, per i lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici o per i lavori in cui sia prevalente la componente impiantistica o tecnologica.

L'avvalimento di cui all'articolo 49 rappresenta una delle novità più rilevanti del nuovo codice. Con tale procedura "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità economico-finanziarie e/o tecniche, di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri di disporre dei mezzi necessari a tal fine".

Attraverso tale procedura, le implicazioni per la sua applicazione pratica sono evidenti, posto che il principio dell'avvalimento può operare in un sistema caratterizzato dalle attestazioni Soa. L'eventuale abbandono del sistema Soa finirebbe col porre a nudo tutta la portata della qualificazione delle imprese, e in particolare alle referenze economiche, finanziarie e tecniche possedute dall'impresa stessa; per queste ultime, l'istituto dell'avvalimento sposta l'asse di accertamento e possesso dal "passato" al "futuro" dell'impresa, o meglio da un momento anteriore alla gara a quello della

*Avvocato amministrativista in Roma

stipula del contratto con l'amministrazione appaltante.

Le altre procedure innovative del codice riguardano l'accordo quadro, il dialogo competitivo, i sistemi dinamici di acquisizione, le aste elettroniche e le centrali di committenza.

L'accordo quadro, il dialogo competitivo e le centrali di committenza rientrano fra le norme sospese fino al 1° febbraio 2007, per le quali si fa espresso rinvio in attesa del decreto di correzione del ministero delle Infrastrutture.

In breve, l'accordo quadro è quell'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici che definisce condizioni da applicare agli appalti da aggiudicare per un determinato periodo. Esso è applicabile a tutti i settori, ma con l'obbligo della previa gara per i settori dei servizi e delle forniture.

Il dialogo competitivo, alternativo al ricorso alle procedure aperte o ristrette, prevede uno scambio di informazioni tra l'amministrazione aggiudicatrice e i candidati ammessi alla procedura di appalto, allo scopo di delineare una o più soluzioni ottimali, e che sulla base di essi, presenteranno le loro offerte. Trattasi di una procedura utilizzabile per appalti particolarmente complessi, cioè quando l'amministrazione aggiudicatrice non è oggettivamente in grado di definire autonomamente i mezzi tecnici necessari per la realizzazione dell'opera.

La norma si presta a molteplici dubbi interpretativi, in virtù della poca chiarezza del contenuto del dialogo, la sua durata e il segreto assoluto, su cosa debba essere formulata l'offerta dei partecipanti, e in quali limiti possa essere modificata l'offerta.

Il sistema dinamico di acquisizione, in vigore dal 1° luglio 2006, consiste in quel processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente (di forniture e servizi) le cui carat-

teristiche disponibili sul mercato soddisfano le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, limitato nel tempo ed aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'onori.

Dopo aver seguito tutte le fasi di cui all'articolo 60, e dopo che aver terminato la valutazione di tutte le offerte indicative introdotte nei termini, le amministrazioni procedono al confronto concorrenziale ed invitano tutti gli offerenti ammessi nel sistema a presentare, entro un congruo termine preventivamente fissato, un'offerta per ogni appalto specifico da aggiudicare nel quadro del sistema (non superiore a 4 anni, tranne in casi eccezionali).

Questo sistema aperto, regolamentato per la prima volta in maniera specifica nel codice in commento, garantirebbe una massima flessibilità di incontro tra domanda e offerta, e rappresenta una notevole opportunità di sviluppo dei processi di acquisto *on line* delle Pubbliche Amministrazioni.

A differenza delle aste elettroniche, il sistema dinamico di acquisizione non deriva tuttavia da esperienze comuni e diffuse, ma dalla spinta di singoli Stati membri che hanno avvertito l'esigenza di poter disporre di un sistema elettronico "aperto" con il quale le amministrazioni sono tenute ad accordare a qualsivoglia operatore, per tutto il periodo che va dalla pubblicazione del bando fino alla conclusione del sistema, di accedere liberamente al capitolato d'onori ed a qualsiasi documento complementare, attraverso il sito internet presso il quale possono consultare i documenti.

Novità rilevante è il ricorso alle aste elettroniche di cui all'articolo 85 del nuovo codice.

Con tale procedura, le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrervi

quando l'asta elettronica riguarda:

1. unicamente i prezzi quando l'appalto viene attribuito al prezzo più basso;
2. oppure i prezzi e/o i valori degli elementi dell'offerta quando l'appalto è attribuito all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il capitolato d'oneri deve contenere gli elementi quantificabili (espressi in cifre o percentuali) oggetto dell'asta, gli scarti minimi richiesti per il rilancio, lo svolgimento dell'asta e le specifiche tecniche di collegamento.

Prima di procedere all'asta elettronica, le amministrazioni aggiudicatrici effettuano una prima valutazione delle offerte. Tutti gli offerenti che hanno presentato offerte ammissibili sono invitati simultaneamente e per via elettronica a partecipare all'asta. L'invito precisa la data e l'ora d'inizio dell'asta ed eventualmente il numero di fasi. Esso riporta inoltre la formula matematica, integrante la ponderazione dei criteri d'attribuzione, che determinerà le riclassificazioni automatiche. Nel corso di ogni fase dell'asta elettronica, tutti i partecipanti conoscono la propria classificazione rispetto agli altri offerenti, di cui ignorano l'identità.

Infine, per quanto concerne le centrali di committenza, istituto sospeso fino al 1° febbraio 2007, - e disposta su modello Consip -, rappresenta quella forma di aggregazione tra stazioni appaltanti per gestire insieme le gare di lavori, servizi e forniture e ottenere così condizioni più vantaggiose.

Ed invero, secondo l'articolo 33, la centrale di committenza è quell'amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o che aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture e servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici.

Nel testo unico sono disciplinati in maniera unitaria per gli appalti sopra e

sotto soglia, e per tutti i settori, i profili relativi al contenzioso, mediante l'unificazione dell'attuale disciplina in tema di transazione, arbitrato, giurisdizione degli appalti pubblici, rito speciale appalti, accordo bonario, nonché infine la tutela *ante causam* nelle procedure di affidamento.

Il recepimento delle direttive comunitarie nel nostro ordinamento si è svolto sulla base dei principi del procedimento amministrativo (legge 241/1990), l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione, la semplificazione della documentazione amministrativa e la normativa antimafia.

Ultima e rilevante novità del nuovo codice è l'ampliamento delle attività dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture.

In particolare, il Codice prevede all'articolo 6 l'estensione della vigilanza dell'Autorità sui lavori pubblici anche agli appalti di forniture e servizi sotto soglia. Tale norma presenta dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega.

È del tutto nuovo il potere di annullamento e sospensione delle attestazioni Soa, in aggiunta a quello di revoca delle stesse già disciplinato nel DPR 34/2000.

Allo stesso modo, appare nuovo il potere di iniziativa dell'Autorità diretto a formulare al Governo proposte di modifica della legislazione in materia di contratti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Ulteriore novità è l'attribuzione di attività di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara.

Altra novità riguarda, eccedendo la delega ricevuta, la vigilanza sui contratti pubblici anche ad interesse regionale, competenza non prevista da alcuna legge vigente.

Anche l'articolo 7, relativo alle funzioni dell'Osservatorio, suscita forti per-

piessità con particolare riferimento all'accentramento della raccolta dei dati relativi ai servizi e alle forniture di interesse regionale, provinciale e comunale soltanto in capo all'Osservatorio centrale, escludendo, in tal modo, le sezioni regionali, già competenti per i lavori.

In ordine all'articolo 9, relativo allo sportello dei contratti pubblici, non si ravvisa l'opportunità di istituirlo, atteso che le sue funzioni sono già svolte dagli Osservatori regionali.

Alla luce delle suddette novità alle procedure ad evidenza pubblica, e del rinvio di sette mesi di transizione per le altre norme sospese, è emersa la necessità di verificare tutte le modifiche apportate ai bandi di gara entrati in vigore il 1° luglio 2006, per mezzo delle quali le stazioni appaltanti dovranno attenersi, pena l'annullabilità dei bandi di gara.

Novità rilevante è l'inserimento dell'istituto dell'avvalimento. Le stazioni appaltanti dovranno consentire in modo esplicito a un'impresa priva dei requisiti di qualificazione di partecipazione a una gara (di lavori, servizi o forniture) di utilizzare i requisiti di fatturato, organico e attrezzatura, prestati da un'altra impresa. Questa possibilità è riconosciuta già dalle direttive europee, che anche in questo campo sono già operative dal 1° febbraio scorso. Ciò che cambia è la possibilità di inserire nel bando tutte le limitazioni all'avvalimento previste dal codice. Per fare un esempio, e a partire dal 1° luglio 2006, scatta la responsabilità in solido tra il concorrente e l'impresa ausiliaria nell'esecuzione del contratto.

Inoltre, l'avvalimento sarà limitato a una sola impresa per ogni requisito e per ogni categoria di lavorazioni prestate, e ciò per evitare che si riesca a raggiungere il totale richiesto attraverso il prestito da parte di una miriade di piccole imprese.

Ancora, e sempre nella fase di preparazione dei bandi, l'amministrazione dovrà decidere se prevedere o meno l'esclusione automatica delle offerte anormali nelle gare sotto la soglia europea (5.278 milioni per i lavori, 137 mila per i servizi aggiudicati dalle amministrazioni centrali, 211 mila per gli altri servizi, 422 mila per le forniture). Il codice rende facoltativo questo meccanismo che va indicato fin dalla preparazione del bando. Allo stesso modo, l'amministrazione dovrà pubblicare i bandi sul proprio profilo di "committente", ovvero il sito internet della stazione appaltante.

Infine, e in merito alla progettazione, dal 1° luglio 2006, per affidare incarichi sotto i 100 mila euro, sarà obbligatorio fare una gara informale con almeno cinque concorrenti. Attualmente, le indicazioni sono le più svariate: si ammette l'assegnazione semplicemente garantendo il rispetto dei principi comunitari di trasparenza, proporzionalità e non discriminazione.

Più incerte sono le procedure per gli incarichi che si collocano tra la soglia dei 100 mila euro e quella dei 211 mila euro. Secondo alcuni, sarebbe preferibile applicare la vecchia procedura di cui al DPR 554/1999; altri invece, suggeriscono di utilizzare la norma che consente gli affidamenti in economia fino a 211 mila euro previa preparazione di un regolamento interno all'Ente, diminuendo così le garanzie di trasparenza anche rispetto alla fascia di incarichi più bassi. In tal modo, però, la responsabilità ricadrebbe sulle singole stazioni appaltanti.

In considerazione delle novità sin qui esaminate, e ai dubbi interpretativi sulle procedure a evidenza pubblica, non mancheranno altre perplessità da parte delle associazioni di categoria, delle stazioni appaltanti, e di altri organismi interessati a dare esecuzione ai lavori, sempre nel

pieno rispetto dei principi di trasparenza e proporzionalità oggetto del presente codice.

Con tale nuova disciplina, ci si dovrebbe attendere un maggiore sviluppo di tutte le imprese, soprattutto quelle di piccole dimensioni, che possano garanti-

re l'esecuzione delle attività oggetto degli incarichi affidati insieme ad altre offerenti, utilizzando e rispettando le caratteristiche e le capacità tecniche altrui, al fine di ampliare la sfera di competenza e *know how* dei servizi, delle forniture e dei lavori.