

Appalti, nuove regole per semplificare le procedure

Focus a cura di Maria Luisa Beccaria

In attesa del regolamento di attuazione del Dlgs 163/2006, il legislatore italiano ha recepito la direttiva 2007/66/Ce dell'11 dicembre 2007, del Parlamento europeo e del Consiglio. Entrata in vigore il 9 gennaio 2008 essa ha modificato le direttive 89/665/Cee, per i settori ordinari, e 92/13/Cee, per quelli speciali, con l'obiettivo di migliorare l'efficacia dei mezzi di tutela, di garantire la maggiore trasparenza delle procedure di aggiudicazione, la parità di trattamento e la non discriminazione dei concorrenti. Preso atto dell'insufficiente recepimento delle predette direttive, negli ordinamenti degli Stati membri, si è reso necessario intervenire di nuovo sui giudizi in materia di appalti e di tutela degli aspiranti concorrenti dinanzi alla pubblica amministrazione e agli organi giurisdizionali. La direttiva 2007/66 riprende l'impostazione delle precedenti, integrandone in modo sostanziale la disciplina con le due principali innovazioni relative al termine sospensivo minimo per la stipula del contratto e alla privazione di effetti dei contratti stipulati in violazione del termine minimo ovvero affetti da gravi violazioni del diritto comunitario. Si tratta di tematiche anticipate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea che ha ammonito gli Stati membri sull'accessibilità dei mezzi di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni delle am-

ministrazioni e dagli Enti aggiudicatori, denunciando le lacune nei meccanismi di ricorso previsti dalle direttive 89/665/Cee e 92/13/Cee che non permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie.

L'articolo 3 della direttiva 2007/66 ha fissato il termine per il recepimento al 20 dicembre 2009. Dopo la lettera della Commissione europea di messa in mora dell'Italia, l'articolo 44 della legge 88/2009 ha conferito al Governo la delega per l'attuazione della direttiva entro il 20 dicembre 2009, termine prorogato di novanta giorni a causa della trasmissione dello schema al parere delle Commissioni parlamentari ai sensi dell'articolo 1 comma 3 della legge 88/2009.

LEGGE DELEGA

L'articolo 44 della legge 88/2009 ha fissato principi e criteri direttivi cui il Governo deve attenersi nel recepimento della direttiva 2007/66/Ce. Con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione delle nuove norme si definiscono «stazione appaltante» i soggetti di cui agli articoli 32 (le amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori di contratti relativi a lavori, servizi, forniture) e 207 (amministrazioni aggiudicatrici di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali: gas, energia termica ed elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, prospezione ed estrazione

petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi) del Dlgs 163/2006 nonché qualsiasi soggetto tenuto, secondo diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a lavori, servizi, forniture.

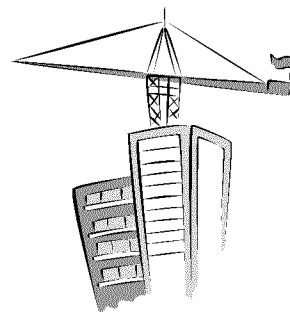
È opportuno segnalare, tra i principi e i criteri direttivi, l'esigenza di circoscrivere il recepimento a quanto necessario per rendere il quadro normativo italiano conforme alla direttiva 2007/66/Ce, previa verifica della coerenza degli istituti processuali già vigenti, di assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti previsti dal Dlgs 163/2006, e il coordinamento con l'attuale sistema processuale.

RECEPIMENTO

Si è altresì disposto che il giudizio avanti al giudice amministrativo si svolga con la massima celerità e immediatezza nel rispetto del contraddittorio e della prova, e che tutti i ricorsi relativi alla medesima procedura di affidamento siano concentrati nello stesso giudizio ovvero riuniti, se ciò non ostacoli le esigenze di celere definizione. La legge delega contiene, inoltre, alcuni criteri in materia di accordo bonario e arbitrato, che esulano dall'ambito della direttiva ricorsi, e sui quali non vi sono vincoli comunitari.

Il recepimento della direttiva 2007/66 si è rivelato difficile in quanto si è trattato di intro-

Le disposizioni per il recepimento delle direttive comunitarie incidono profondamente sulle norme di settore in attesa del regolamento definitivo. I passaggi decisivi per garantire trasparenza, contratti e affidamenti



La direttiva europea



La direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, del Parlamento europeo e del Consiglio modifica le precedenti direttive ricorsi (direttiva 89/665/CEE per i settori cd. ordinari e direttiva 92/13/CEE per i settori cd. speciali). È una direttiva self executing che intende migliorare l'efficacia dei mezzi di tutela, al fine di garantire maggiore trasparenza delle procedure di aggiudicazione nonché ad assicurare la parità di trattamento e la non discriminazione delle imprese interessate.

dure disposizioni ignote nel nostro ordinamento. Si pensi alla categoria dell'interesse legittimo che l'ordinamento comunitario non conosce e all'attribuzione al giudice amministrativo di una giurisdizione di merito in ordine alla valutazione se mantenere o meno in vita il contratto una volta annullata l'aggiudicazione. La filosofia di fondo del decreto legislativo di recepimento è quella della predetta direttiva: si interviene non solo sulla fase giudiziale ma anche sulla fase fisiologica degli affidamenti dei contratti pubblici con riferimento agli obblighi di comunicazione, all'accesso ai documenti di gara e alla tutela della privacy dell'offerente. La riforma del contenzioso degli appalti, passa attraverso la definizione di più rapidi termini processuali, il rafforzamento dell'accordo bonario, la moralizzazione dell'arbitrato, la definizione nel merito della lite, nella prima udienza, se possibile. È un rito diverso da quello previsto in materia di appalti dall'articolo 23-bis dalla leg-

ge 1034/1971, è qualificato esclusivo, al fine di escludere l'impugnazione degli atti di gara mediante il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Di rilievo è la previsione della giurisdizione amministrativa esclusiva sulla sorte del contratto e sulle sanzioni alternative e la contestuale attribuzione al giudice amministrativo del potere di decidere se l'annullamento dell'aggiudicazione determini o meno la privazione di effetti del contratto.

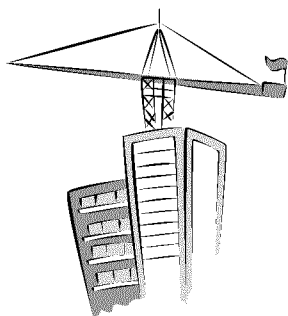
Il Consiglio di Stato ha apprezzato lo sforzo del legislatore di recepire una direttiva talmente innovativa da incidere sugli aspetti fondamentali della giustizia amministrativa: la tutela dell'interesse pubblico della concorrenza, il ruolo del giudice, la tutela in forma specifica degli interessi di parte e il rapporto di tali aspetti con il risarcimento del danno, limitando allo stretto necessario le deroghe rispetto a istituti generali, come l'accesso ai documenti amministrativi o l'autotutela, o rispetto a regimi già speciali, come quello

di cui all'articolo 23-bis della legge 1034/1971.

Sullo schema di regolamento di attuazione del Dlgs 163/2006 il Consiglio di Stato si è pronunciato favorevolmente, seppure con alcune osservazioni, mediante il parere 313/2010 dello scorso 3 marzo. Il regolamento dovrà tornare al ministero delle Infrastrutture e poi essere approvato definitivamente dal Consiglio dei ministri. Non si devono trascurare i rilievi espressi sull'esclusiva competenza dello Stato in materia di qualificazione e aggiudicazione degli appalti, e sulla normativa riguardante le Regioni a statuto speciale. Infatti il regolamento ha attratto nella competenza esclusiva statale tutta la disciplina contrattuale, a esclusione delle disposizioni relative agli organi del procedimento, alla programmazione e a quelle concernenti la commissione giudicatrice. È però prevista una norma cedevole nell'ambito della legislazione concorrente.

REGOLAMENTO

È stata fatta una ricognizione delle disposizioni regolamentari nelle materie di competenza esclusiva statale, applicabili anche alle Regioni. La materia è stata ridisegnata dalle decisioni della Corte costituzionale 401/2007 e 411/2008, che ha precluso anche alle Regioni ad autonomia speciale di legiferare sulle procedure di affidamento e sull'esecuzione del contratto, e 45/2010, che ha rimodulato il rapporto tra materie affidate dagli statuti speciali alla competenza legislativa esclusiva di Regioni e Province autonome, e le materie «tutela della concorrenza» e «ordinamento civile», assegnate alla competenza le-



gislativa statale esclusiva dall'articolo 117 della Costituzione.

In ordine ai nuovi requisiti di attrezzatura tecnica richiesti per alcune categorie specialistiche previste dall'allegato A1 del regolamento, il Consiglio di Stato ha sollevato dubbi a causa del necessario rispetto del principio della concorrenza. L'Ance ha dichiarato la propria preoccupazione sull'aumento della percentuale delle attrezzature da possedere (dal 2 all'8% del fatturato) e sul fatto che tale limite sia ottenibile sulla base di elenchi di attrezzature specifiche definite per ciascuna categoria di opere, con una concentrazione del mercato per la categoria OS20 (indagini geognostiche). In tale ambito si stima una riduzione a 7 operatori che potrebbero realizzare opere superiori a un milione di euro. Sono da menzionare anche le critiche del Consiglio di Stato sull'obbligo del responsabile unico del procedimento di trasmettere alla competente Procura della Corte dei conti copia dei mandati di pagamento emessi al fine della corresponsione delle maggiori somme dovute a titolo di interessi per il ritardato pagamento ex Dlgs 231/2002.

Il Supremo Collegio ha ritenuto inappropriato inserire nel regolamento di attuazione del codice una disposizione che qualifica il Rup quale agente contabile. Il predetto obbligo sarebbe altresì contrastante con la giurisprudenza consolidata della Corte dei conti e della Corte costituzionale, secondo la quale la Procura della Corte dei conti deve attivarsi solo in relazione a denunce circostanziate e specifiche o notizie di danno specifiche ac-

L'iter del regolamento

Il regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici è previsto dall'articolo 5 del Dlgs 163/2006. Il primo schema di regolamento predisposto dal Governo è stato approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri del 13 luglio 2007, e su di esso il Consiglio di Stato ha reso il parere 3262/2007 nell'adunanza del 17 settembre 2007.

Quasi tutte le sue osservazioni sono state recepite dal Governo. Il testo è stato poi verificato alla luce della sentenza della Corte costituzionale 401/2007. Il testo così modificato è stato

approvato dal Consiglio dei ministri in data 21 dicembre 2007 ed emanato con decreto del Presidente della Repubblica del 28 gennaio 2008. Nelle more della pubblicazione del decreto è pervenuto il rilievo n. 51/1 in data 26 maggio 2008 della Corte dei conti.

Il Governo ha quindi ritirato il provvedimento per adeguarlo. Poi il testo è stato coordinato con le modifiche apportate al codice dal Dlgs 152/2008.

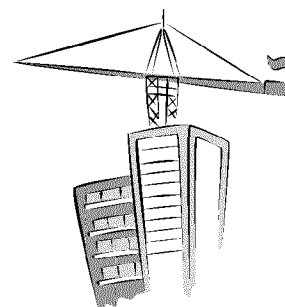
Il regolamento è strutturato in 359 articoli, suddivisi in sette parti.

quisite d'ufficio. Di contro una verifica estesa può essere effettuata dalla sezione regionale della Corte dei conti, in sede di controllo sulla gestione, se ciò sia previsto dalla legge o se sia inserito nei programmi specifici annuali. Il Consiglio di Stato ha ritenuto valido il richiamo all'applicabilità, al responsabile del procedimento delle amministrazioni aggiudicatrici, relativamente ai contratti nei settori ordinari e a ogni altro contratto di appalto o di concessione, delle disposizioni del titolo II, capo V, sezione I, del Rd 1214/1934, di quelle di cui al titolo II, capo I e capo II del Rd 13 agosto 1933, nonché dell'articolo 2 della legge 20/1994. Quanto agli affidamenti dei servizi di architettura e di ingegneria il Supremo Collegio ha sottolineato che non è applicabile solo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ma pure quello del prezzo più basso. Nel regolamento ci sono novità sull'individuazione di progettisti e di soggetti direttamente coinvolti nell'espletamento di attività professionali e tecniche nell'ambito delle società di ingegneria e di professionisti: è prevista la partecipazione anche a

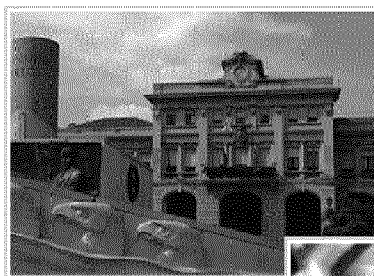
giovani professionisti con rapporto di consulenza su base annua per quote di fatturato nei confronti delle società superiori al 50% del proprio fatturato annuo.

Quanto ai requisiti per le società di ingegneria, di professionisti e per i consorzi stabili di società di professionisti e di ingegneria appare significativa la scelta di conservare la previsione del possesso del titolo di studio della laurea e di un periodo minimo di iscrizione all'albo. Per la copertura dei rischi professionali nell'ipotesi in cui la progettazione sia affidata a un dipendente della stazione appaltante si impone a quest'ultima di sostenere direttamente l'onere del premio o con i fondi accantonati allo scopo per ogni singolo intervento, o attingendo agli stanziamenti previsti. Secondo il Consiglio di Stato tale disposizione è conforme all'articolo 90 comma 5 del Dlgs 163/2006.

Al fine di migliorare il sistema di qualificazione fondato sull'attestazione Soa il regolamento stabilisce l'applicazione di sanzioni pecuniarie e interdittive in caso di accertate irregolarità o illegittimità delle autorizzazioni concesse dalle società organi-

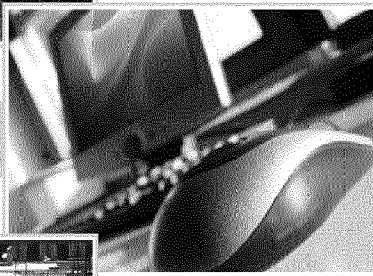


I pilastri del cambiamento



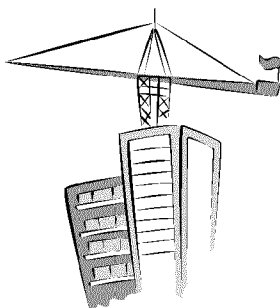
EFFICACIA MEZZI TUTELA

PROCEDURE AGGIUDICAZIONE



MAGGIORE TRASPARENZA

PARITÀ TRATTAMENTO



smi di attestazione (Soa), che possono arrivare alla pronuncia di decadenza dell'autorizzazione, e al contempo rafforza i poteri dell'Autorità di vigilanza, che può annullare le autorizzazioni conseguite in difetto dei presupposti, e disporre sospensioni in via cautelare. Per lo svolgimento dell'attività di attestazione delle Soa sono stati richiesti i requisiti morali di cui all'articolo 38 del Dlg 163/2006, in alcuni casi più attenuati rispetto a quelli validi per i controllati. Ad esempio è stata identificata quale causa ostativa allo svolgimento dell'attività di

Soa la commissione di reati, o di violazioni, laddove l'articolo 38 del Dlg 163/2006 considera causa di esclusione solo i reati e le violazioni "gravi". Poi si fa riferimento allo «stato di liquidazione o concordato preventivo, o qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione vigente» mentre il Consiglio di Stato configura causa preclusiva qualsiasi procedura concorsuale o di liquidazione volontaria, nonché il concordato preventivo, e non solo le irregolarità rispetto agli «obblighi fiscali, contributivi ed assistenziali previsti dalla vigente legislazione», ma anche la violazione delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro.

Per di più le cause ostative relative alla sottoposizione a procedura concorsuale o liquidazione volontaria, assenza di regolarità contributiva, fiscale, previdenziale, andrebbero estese, secondo il Consiglio di Stato, ad amministratori, legali rappresentanti, soci diretti o indiretti, direttori tecnici e al personale al fine di evitare che possano far parte della compagine organizzativa della Soa persone fisiche con pregresse condotte stigmatizzabili. Il Consiglio di Stato non ha poi ritenuto indispensabile che le Soa possano farsi promozione commerciale anche mediante esterni, la cui moralità rimane fuori controllo, poiché le Soa hanno compiti istituzionali e pubblicitari. Il controllo svolto dalle Soa in ordine alle carenze relative ad attestazioni rilasciate da altre Soa, previo nulla osta dell'Autorità, può essere attivato, secondo il Consiglio di Stato, solo in relazione a un'impresa con la quale

è in corso, o vi è stato, un rapporto contrattuale per il rilascio di attestazione. Si è escluso che la Soa possa trasformarsi in pubblico ministero nei confronti di Soa concorrenti, con riferimento a imprese che non sono o non sono state proprie clienti. Il potere di controllo può essere dunque subordinato al previo nulla osta dell'Autorità di vigilanza, e sfociare in una denuncia all'Autorità, cui spetta l'esercizio del potere sanzionatorio.

Infine il diritto dell'appaltatore di conseguire la qualificazione Soa anche per lavori eseguiti in regime di subappalto, e pure per categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, è stato valutato in contrasto con il sistema di qualificazione delle imprese fondato sulla certificazione relativa alle lavorazioni effettivamente eseguite. Invero secondo l'attuale impostazione del regolamento l'appaltatore può utilizzare l'importo complessivo dei lavori se l'importo delle lavorazioni subappaltate non supera il 30% ovvero il 40% dell'importo complessivo, a seconda che si tratti di categoria a qualificazione non obbligatoria o a qualificazione obbligatoria; se il subappalto è avvenuto oltre i predetti limiti, l'ammontare complessivo dei lavori viene decurtato della quota eccedente le suddette quote del 30 o del 40% e l'importo dei lavori così determinato può essere utilizzato non solo per la qualificazione nella categoria prevalente, ma anche, in alternativa, «ripartito tra la categoria prevalente e la categoria scorporabile; per una percentuale riferita a tale categoria scorporabile non superiore al dieci per cento».