



CONFEDERAZIONE
GENERALE
ITALIANA
DEL LAVORO

Roma, 7 Aprile 2016

Il 1° aprile il Consiglio di Stato ha emesso il suo parere (è una sentenza a tutti gli effetti - 855 del 1° aprile 2016) sulla proposta del Decreto Legislativo di riforma del codice degli appalti.

Il Consiglio di Stato, in qualità di organo superiore della magistratura amministrativa, per esaminare lo schema del decreto legislativo e dare il suo apporto consultivo (anche le Commissioni parlamentari daranno un parere consultivo che il Governo può non tenerne conto), ha lavorato attraverso una Commissione speciale di diciannove Magistrati. che ha ripartito i suoi lavori in cinque sottocommissioni, ciascuna coordinata da un Presidente di sezione. L'apporto consultivo del Consiglio di Stato si è mosso lungo tre direzioni:

- esame di questioni di carattere generale;
- esame dei singoli articoli con formulazione di osservazioni puntuali e di agevole recepimento;
- esame dei singoli articoli con formulazione di osservazioni che richiedono maggior tempo e dovranno essere affidate ai decreti correttivi.

Dopo il varo del codice, il Consiglio di Stato potrà dare il proprio apporto consultivo per l'elaborazione dei decreti correttivi e degli atti attuativi.

Riportiamo una sintesi del parere del Consiglio di Stato:

Questioni specifiche maggiormente rilevanti

Riguardo alle disposizioni più rilevanti dell'articolato, il Consiglio di Stato ha richiesto che:

- sia espunta la previsione che fa salve speciali disposizioni vigenti per amministrazioni, organismi e organi dello Stato dotati di autonomia finanziaria e contabile, apparendo generica, eccentrica, non conforme alle direttive e alla legge delega (art. 1);
 - la regola di riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni sia flessibile e coerente sia con il vigente che con il futuro art. 117 Cost. (art. 2);
 - le definizioni siano chiare, leggibili, coerenti con gli articoli specifici (art. 3);
 - l'in house sia meglio coordinato con la disciplina (in itinere) sui limiti alla costituzione delle società pubbliche (artt. 5 e 192);
 - vi sia prudenza nel tasso di semplificazione degli affidamenti sotto soglia e dei contratti esclusi, che potrebbe esitare in una riduzione eccessiva di concorrenza e trasparenza; alla gara informale si invitino almeno cinque concorrenti (artt. 4 e 36);
 - l'obiettivo, innovativo e centrale, della riduzione del numero delle stazioni appaltanti, attraverso la loro qualificazione e centralizzazione obbligatorie, sia perseguito con determinazione, mediante una celere adozione degli atti attuativi, e salvaguardando meglio le piccole e medie imprese nei confronti della grande committenza (artt. 37-41);
 - la disciplina dei requisiti morali dei concorrenti abbia maggior rigore, mediante ampliamento del novero delle condanne penali ad effetto escludente e mediante ripescaggio di altre fattispecie escludenti previste dal vecchio codice (art. 80);
- la disciplina dei requisiti reputazionali non sia punitiva degli operatori che esercitano in modo legittimo e non emulativo o pretestuoso il diritto di difesa in giudizio (art 84);
- il soccorso istruttorio sia chiaro nei suoi presupposti e limiti, e non sia mai oneroso (art. 83);

la qualificazione degli operatori economici sia affidata a principi codicistici e regole attuative

- (di natura sostanzialmente regolamentare) chiare; il sistema SOA sia ripensato all'esito della revisione straordinaria affidata all'ANAC (artt. 83 e 84);
- sia chiaro il coordinamento tra codice appalti e codice della disciplina antimafia (art. 80);
 - la disciplina dell'avvalimento, sia completata con la previsione del contratto di avvalimento, mentre è corretta la mancata riproduzione dei divieti di avvalimento plurimo, frazionato, e infra-ATI (art. 89);
 - il preferenziale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non sia vanificato da fughe elusive nel criterio del prezzo più basso, e sia garantito per tutti i servizi a contenuto intellettuale (art. 95);
 - nella disciplina delle offerte anomale si ripristinino garanzie procedurali minime della fase di verifica in contraddittorio, e si valuti il ripristino dell'esclusione automatica per le offerte anomale sotto soglia; si ripristini la facoltà di estendere la verifica di anomalia anche a offerte che non superano la soglia matematica di anomalia (art. 97);
 - il principio di tendenziale separazione tra progettazione e esecuzione non sia eluso mediante contratti atipici di partenariato pubblico-privato (art. 180);
 - le deroghe alla gara pubblica in caso di eventi di protezione civile siano di stretta interpretazione e limitate allo stretto necessario; sia circoscritto il presupposto della previsione di un evento imminente, che non può che essere una previsione fondata su parametri scientifici e riferita alla probabile oltre che imminente verifica dell'evento; siano abrogate espressamente le previgenti regole derogatorie specifiche dettate per singoli eventi (artt. 63 e 163);
 - per gli appalti nei settori speciali, sia chiaro e definito il regime derogatorio; mentre è corretta l'estensione di disposizioni di maggior rigore a tutela della trasparenza, della partecipazione e della concorrenza, sia chiarito l'ambito della disciplina applicabile alla fase di esecuzione (artt. 114 ss.);
 - nelle concessioni il rischio sia l'effettivo elemento differenziale dall'appalto; si valuti il completamento dell'attuazione della delega in tema di concessioni autostradali (ivi compresi il divieto di proroga e l'avvio tempestivo delle procedure di gara) e obblighi di esternalizzazione (artt. 164, 165, 177, 178);
 - nella cornice generale del partenariato pubblico-privato siano chiari la definizione, l'ambito, la portata del rischio e l'ambito della progettazione a carico del partner privato (art. 180);
 - il precontenzioso sia disciplinato con modalità chiare, per evitare che si generi un "contenzioso sul precontenzioso" (art. 211);
 - la decisione dell'ANAC resa in sede precontenziosa sull'accordo delle parti, che vincola le parti, sia impugnabile entro un termine breve, e si preveda che il giudice valuterà la condotta della parte soccombente ai fini della lite temeraria (art. 211);
 - si rimoduli il potere dell'ANAC di sollecito dell'autotutela delle stazioni appaltanti, trasformandolo da potere sanzionatorio a potere impugnatorio secondo il modello AGCM (controllo collaborativo) (art. 211);
 - l'immediata impugnazione degli atti di ammissione e esclusione dalle gare sia accompagnata da tempi certi di conoscenza e accesso agli atti; si valuti una riduzione della misura del contributo unificato; non si sopprima la tutela cautelare nel rito superspeciale (artt. 204, 29, 76);
 - il dibattito pubblico sia da subito obbligatorio, e si chiarisca l'ambito dei soggetti ammessi al dibattito, mentre è corretta l'estensione dell'istituto ai settori speciali (art. 22).

Altre questioni specifiche

- Riguardo alle disposizioni più rilevanti dell'articolato, il Consiglio di Stato ha richiesto che:
- non si restringano eccessivamente i tempi per la verifica preventiva di interesse archeologico (art. 25);
 - nella scansione delle fasi delle procedure di affidamento, si elimini ogni riferimento all'aggiudicazione provvisoria e definitiva, da qualificare, più propriamente, e rispettivamente, come proposta di aggiudicazione e aggiudicazione tout court (art. 32);

- non si eludano le regole dello stand-still nell'avvio di urgenza dell'esecuzione del contratto (art. 32);
- sia chiaro l'uso delle espressioni sotto soglia, sopra soglia, pari alla soglia (art. 35 e articoli che lo richiamano);
- nella scelta delle procedure sia meglio chiarito il rapporto tra regola (procedure aperte e ristrette) e eccezioni (procedure negoziate con e senza bando, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione) (art. 59);
- nella procedura negoziata senza bando per ragioni di estrema urgenza a causa di eventi imprevedibili non si menzionino tipi nominati, quali le bonifiche e la protezione civile, che non possono essere ipotesi aggiuntive, ma solo esemplificative (art. 63);
- nel dialogo competitivo non sia ricopiata la vecchia definizione non più attuale (artt. 3 e 64);
- nella disciplina dell'albo dei commissari di gara si fissino per legge i principi sui requisiti dei commissari (artt. 77 e 78);
- siano meglio precisati i presupposti per la partecipazione alle gare e per la prosecuzione dei contratti in caso di sottoposizione dell'operatore economico a procedure concorsuali (art. 110);
- sia espressamente motivato nell'AlR il divieto di avvalimento per gli appalti nel settore dei beni culturali (art. 146);
- nella cessione di immobili pubblici in cambio di opere sia meglio circoscritta e garantita la possibilità di trasferimento della proprietà del bene pubblico prima del completamento dei lavori (art. 191);
- nella disciplina del contraente generale siano più chiari deroghe e rinvii alla disciplina generale, e si valuti la competenza transitoria sul sistema di qualificazione (artt. 194 ss.);
- le discipline transitorie contenute nel codice siano tutte accorpate in un unico articolo finale (art. 216);
- sia integrato l'elenco delle abrogazioni espresse con una puntuale ricognizione del quadro normativo vigente (art. 217).

Osservazioni della CGIL

Il parere del Consiglio di Stato ci consegna un quadro di osservazioni in larga parte condivisibili e prende a riferimento numerosi passaggi del Codice che erano già stati oggetto di perplessità da parte nostra. In modo particolare il richiamo alla prudenza sulla semplificazione delle procedure sotto soglia e la salvaguardia da eventuali elusioni del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come forma di aggiudicazione preferenziale risultano particolarmente appropriati. Molto rilevante appare anche il richiamo all'importanza della separazione tra progettazione ed esecuzione ed il suo mantenimento anche nei contratti di partenariato pubblico-privato, come lo è la richiesta di circoscrivere e dare corretta interpretazione alla possibilità di deroga alla gara pubblica in caso di eventi di protezione civile.

Anche per la scelta delle procedure da parte della stazione appaltante deve essere chiarita la regola e determinate le eccezioni, così come alcuni chiarimenti occorrono per il Contraente Generale e un maggior coordinamento tra il Codice appalti e quello relativo alla disciplina antimafia. Anche il tema delle concessioni e dei lavori in - house è richiamato nell'ambito del parere con la richiesta di una completa attuazione dei contenuti della delega per le concessioni autostradali, tema sul quale esiste ancora un problema di applicazione della clausola sociale per la salvaguardia occupazionale.

Riteniamo complessivamente che se il Governo adottasse il parere e procedesse alle relative modifiche, il testo, pur presentando ancora gravi elementi di criticità, come sul tema del subappalto per esempio, compirebbe un passo avanti nella direzione della trasparenza e della qualità del settore degli appalti pubblici. Su tali criticità si sono espressi anche i soggetti consultati dall'VIII° Commissione del Senato che non ha ancora reso noto l'esito delle eventuali modifiche al decreto.