



Il Segretario Generale
Avv. Giampaolo Di Marco

Roma, 3 febbraio 2023

Spett.le
8a Commissione Ambiente,
transizione ecologica, energia,
lavori pubblici, comunicazioni,
innovazione tecnologica
Senato della Repubblica
Piazza Madama – 00186 Roma
e-mail: *commissione8@senato.it*

Oggetto: AG n. 19 (Codice dei contratti pubblici) – Invio contributo scritto
Associazione Nazionale Forense.

Spett.le Commissione,
come richiesto inviamo il presente documento recante di seguito un contributo
scritto sui profili del provvedimento in oggetto di maggior interesse per la Nostra
Associazione.

Ringraziamo della considerazione e dell'opportunità, rimanendo a disposizione
per ogni eventuale ulteriore contributo, confronto e audizione.

Con osservanza.

ANF – Associazione Nazionale Forense
Il Segretario Generale

Avv. Giampaolo Di Marco

Via Paolo Emilio, 7 – 00192 ROMA
Mobile 346.0401133
giampaolo.dimarco@dmsjus.it
info@associazionenazionaleforense.it
www.associazionenazionaleforense.it
www.anftv.it

AG 19 – Codice dei contratti pubblici

Contributo Associazione Nazionale Forense

1. Il Responsabile Unico del Procedimento con riferimento alla responsabilità dei dipendenti della stazione appaltante.

Il Responsabile unico del procedimento è responsabile, insieme alla P.A. e verso i terzi, per i danni arrecati a causa dell'omesso o ritardato compimento degli atti o delle attività prescritte ai sensi delle norme vigenti o dell'eventuale regolamento interno della singola amministrazione.

Il RUP viene nominato dalla stazione appaltante e, in particolare, dal responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa. Viene scelto tra i dipendenti addetti all'unità medesima in possesso di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti a lui affidati.

La nomina a RUP non può essere rifiutata e, in mancanza dell'indicazione del nominativo nel bando o nell'avviso di indizione di gara, è proprio il responsabile dell'unità organizzativa a ricoprire le funzioni del RUP.

La vera novità sta nel fatto che il RUP ha la facoltà di richiedere la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione, esecuzione un responsabile di procedimento per l'affidamento.

Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.

Il RUP ha il compito di assicurare il completamento dell'intervento pubblico, tenendo sotto controllo i termini previsti e gli obiettivi da raggiungere. Anche qui nessuna novità di rilievo.

Le criticità proprie di tale nuova figura introdotta dal nuovo codice degli

appalti si basano sulla considerazione per la quale non si ha una figura di controllo specifica che eviti che dalla concentrazione di nuovi compiti e funzioni si passi alla creazione di situazioni di conflitti di interesse di concreta verifica e attuabilità.

Criticità si segnalano quanto alla difficoltà pratica nel delineare l'ambito delle rispettive responsabilità penali a causa della difficoltà di sussumere le singole condotte poste in essere dal Rup e dai singoli dipendenti della stazione appaltante nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 328 c.p. e, pertanto, non apparendo vacuo lo sforzo di creare delle specifiche fattispecie di reato volte a tutelare l'attività della pubblica amministrazione appaltante.

Il RUP, in qualità di dipendente della stazione appaltante assume, con l'atto di nomina, un ruolo di coordinamento e di controllo ossia un vero e proprio obbligo di servizio.

Nello svolgimento delle sue mansioni, il RUP della stazione appaltante assume, di fatto, una responsabilità a contenuto patrimoniale connessa all'attività di amministratori o dipendenti pubblici e relativa ai danni causati all'ente nell'ambito del rapporto d'ufficio. L'accertamento della responsabilità comporta la condanna al risarcimento del danno a favore dell'amministrazione danneggiata.

Le criticità maggiori si ravvisano nella difficoltà, con riferimento ai compiti normativamente disciplinati dal codice degli appalti, nella individuazione, all'interno della procedura di affidamento, dell'interesse patrimoniale della P.a. lesa.

In relazione alle fattispecie di responsabilità per danno erariale la eccessiva frammentazione delle fasi di gara rende auspicabile una tipizzazione degli illeciti erariali in fase di svolgimento della procedura sino alla stipula del contratto tutti aspetti questi ultimi che non vengono presi in considerazione dal nuovo codice degli appalti.

2. Procedure per l'affidamento sotto le soglie comunitarie.

Il nuovo codice dei contratti pubblici fissa le soglie di rilevanza comunitaria, ossia gli importi dei contratti pubblici a partire dai quali trovano applicazione le disposizioni del Codice.

Le maggiori criticità applicative del settore sono da riscontrarsi in una mancanza di effettività del rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, all'insegna dei quali improntare lo svolgimento delle procedure di affidamento diretto o per procedura negoziata in relazione alla conclusione di contratti di appalto per lavori, servizi, forniture.

Auspicabile una esatta e dettagliata individuazione dei criteri di trasparenza e pubblicità che debbono ispirare l'agire dell'amministrazione procedente nei settori ordinari e anche in quelli speciali.

Del pari preferibile un innalzamento delle soglie di rilevanza comunitaria onde garantire una maggiore valorizzazione, assieme ai principi di pubblicità e trasparenza, dei criteri e principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

A dispetto dei principi di semplificazione, anche a causa di frequenti modifiche legislative, gli appalti sottosoglia hanno un regime tutt'altro che lineare, ma comportano problemi applicativi e dubbi interpretativi sui quali non è sempre agevole orientarsi. Si pensi, ad esempio, alla differenza tra affidamento diretto e procedura negoziata, oppure all'osservanza del principio di rotazione nel rispetto della diversa dislocazione territoriale delle imprese aspetti questi da migliorare all'insegna di una maggiore chiarezza definitoria a livello normativo.

3. Garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive.

L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia

provvisoria” pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell’invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell’offerente.

Al fine di rendere l’importo della garanzia adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l’importo della cauzione.

Problemi applicativi di non poco momento riposano sulla questione che attiene all’ambito di operatività della “garanzia provvisoria”, che correda l’offerta dei partecipanti alla procedura di gara, al fine di stabilire se essa copra soltanto i “fatti” che si verificano nel periodo compreso tra l’aggiudicazione e il contratto ovvero se si estenda anche a quelli che si verificano nel periodo compreso tra la “proposta di aggiudicazione” e l’aggiudicazione.

Il nuovo codice degli appalti non pare avere risolto tale criticità in quanto le maggiori criticità interpretative si individuano nell’esatta perimetrazione dell’ambito di operatività della stessa garanzia.

Sarebbe opportuno, pertanto, prevedere l’introduzione di una polizza fideiussoria unica in grado di coprire l’intero arco di fatti che si svolgono a partire dall’instaurazione della procedura e sino alla stipula del contratto tra operatore economico e stazione appaltante.

4. Appalto integrato senza motivazione.

Con l’appalto integrato, la stazione appaltante affida progetto e costruzione dell’opera ad un’impresa con tutti i rischi derivanti dall’esecuzione dell’appalto a carico della stessa, ma tuttavia con certezza di tempi e costi quanto alla realizzazione dell’opera.

Tuttavia, a livello pratico, spesso accade che, dopo l’affidamento, la stazione appaltante si vede presentare un progetto esecutivo il quale non corrisponde alle sue aspettative.

In un caso simile, accettare supinamente le modifiche porrebbe la stazione appaltante in una posizione di parzialità lesiva del pubblico interesse, mentre nel caso in cui vengano richieste modifiche da parte della stazione appaltante, comincia spesso una lunga trattativa con l'impresa, la quale spesso conduce inevitabilmente all'aumento dei costi ancor prima di iniziare i lavori, senza contare poi che, nel corso dei lavori, spesso si verificano contenziosi, i quali allungano i tempi di consegna dell'opera.

Pare opportuno, pertanto, mantenere l'obbligo di motivazione nell'appalto integrato e stabilendo che per progetti molto complessi, dove l'impresa deve dare un contributo di innovazione, siano mantenuta la "scissione" tra fase di progettazione e fase di esecuzione le quale potranno essere congiunte per lavori di minore rilevanza economica o meno complessi e anche in quest'ultimo caso fatto salvo sempre l'obbligo di motivazione.

5. Soglia di € 500.000 per le stazioni appaltanti qualificate.

Il nuovo codice degli appalti prevede che una volta superata la soglia di € 500.000,00 la stazione appaltante debba possedere il requisito della qualificazione.

Ciò comporta che con la modifica che si vuole introdurre si consente di dare la possibilità di fare appalti fino a mezzo milione di euro anche a chi non è in grado di gestirli, perché non possiede i requisiti della qualificazione e proprio con il rischio che tali appalti, proprio per l'incapacità delle stazioni appaltanti prive dei requisiti di qualificazione durino molto di più con spreco di denaro e risorse.

Non sarebbe inopportuno alla luce degli evidenziati rilievi fissare una soglia oltre la quale le stazioni appaltanti debbano obbligatoriamente essere qualificate in quanto tale condizione è necessaria soprattutto per gli appalti più rilevanti.

Il rischio insito nella normativa di nuovo conio è rappresentato dal fatto che

i soggetti economicamente più deboli avranno tutta la convenienza a rivolgersi a chi sa fare le gare, creando una rete di centrali di committenza diffuse sul territorio.

6. Soppressione del registro Anac dell'in-house.

La soppressione del registro dell'in-house gestito da Anac nel nuovo Codice è modifica inopportuna e pericolosa.

Avere la possibilità di effettuare una verifica preventiva per controllare se il soggetto che acquisisce al di fuori dal mercato una commessa pubblica ha i requisiti per non fare concorrenza sleale alle imprese è elemento essenziale.

Grazie al registro si verifica se davvero vengono rispettati i requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria in quanto la maggior parte delle imprese non risulta essere in regola con la normativa comunitaria.

Ciò comporta che eliminare questa sorta di filtro renderà gli affidamenti nella maggioranza dei casi illegittimi senza che il servizio offerto migliori e che i prezzi diventino più competitivi.

Se non si reintroduce l'albo degli in-house, pertanto, aumenterà senza ombra di dubbio il contenzioso.

Il controllo preventivo dell'Anac, sul punto, è un aiuto fondamentale per gli stessi enti affinché operino scelte legittime, pena il rischio di rilevanti contenziosi.

Senza considerare che in molti casi manterremmo sacche di inefficienza sottratte allo stimolo del mercato, e quindi al miglioramento del servizio a vantaggio dei cittadini.

7. Affidamenti sottosoglia.

Il nuovo codice degli appalti prevede che sempre e in ogni caso si possano acquistare direttamente, senza pubblicità preventiva e senza neanche fare un minimo di analisi di mercato, beni e servizi fino a € 140.000,00.

Tale modifica, tuttavia, farà sì che in molti casi non saranno scelte le imprese migliori ma quelle che offrono i prezzi più bassi e non quelle che lavorano meglio e che offrono una migliore capacità tecnica, organizzativa e prestazionale.

È auspicabile, pertanto, che vengano apportate modifiche nel senso di consentire le opportune analisi di mercato e di introdurre una seppur minima forma di pubblicità preventiva nel caso di affidamenti sino alla soglia su indicata.

8. Le nuove disposizioni in tema di tutela giurisdizionale.

Le finalità acceleratorie del nuovo codice degli appalti vengono esplicitate nella nuova norma di cui all'art. 209, la quale prevede termini ridotti in relazione alle controversie relative agli atti delle procedure di affidamento e di concessione disciplinate dal codice dei contratti pubblici, comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico amministrative a esse connesse.

La finalità acceleratoria impressa da tale disposizione se da un lato si pone in linea con la *ratio* di giungere ad una veloce definizione del contenzioso, dall'altro si scontra con un dato ineludibile, ovverosia l'ostacolo rappresentato dalla eccessiva misura del contributo unificato.

L'ottica efficientista volta a scoraggiare ricorsi defatiganti e pretestuosi deve tuttavia garantire un accesso alla tutela giurisdizionale che sia il quanto più possibile ragionevole quanto ai costi da sostenere, onde evitare di ostacolare qualsiasi prospettiva di tutela giurisdizionale, con sospetta violazione delle disposizioni di cui agli articoli 97 e 111 Cost. in tema di diritto di difesa e buon andamento.

Nel corso degli anni la tutela giurisdizionale in materia di appalti ha visto crescere il contenzioso anche in ragione di un generale riassetto dei poteri delle amministrazioni, sia per interventi della normativa comunitaria, sia del nuovo assetto di poteri derivanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione.

La scelta di ridurre il contenzioso mediante strumenti diversi che possano avere ad oggetto interventi sul processo e/o sulla normativa sostanziale è stata purtroppo non isolata, avendo riguardato anche il settore della giustizia civile, dove i costi di accesso sono stati più che raddoppiati nel corso di un decennio.

Un intero settore, come quello del codice degli appalti, lasciato potenzialmente privo di tutela giurisdizionale rende meno raggiungibile l'obiettivo di procedure partecipate da soggetti aventi gli opportuni requisiti e le adeguate capacità, perché sarà rimesso alla partecipazione di chi, in ogni caso, potrà sopportare i non trascurabili costi processuali.

Roma, lì 3 febbraio 2023

Associazione Nazionale Forense