

UN SISTEMA DI BUONE PRATICHE PER L'EFFICIENZA NEI LAVORI PUBBLICI E CONTRO IL RISCHIO DI CORRUZIONE E INFILTRAZIONI MAFIOSE

PREMESSA

E' da circa un anno che il nuovo Codice dei Contratti D.Legs 36/2023 è entrato in vigore e da diverse parti sono state rilevate alcune criticità che fanno pensare alla necessità di un qualche correttivo legislativo.

Su queste criticità Ance nazionale ha elaborato un libro bianco molto dettagliato, la cui redazione ha coinvolto l'intero sistema associativo nazionale e che noi condividiamo.

Oltre a questo, a livello territoriale, l'entrata in vigore del nuovo Codice ha suscitato, in diversi settori del mondo politico, sindacale ed imprenditoriale della nostra Regione, allarmi e preoccupazioni dovute soprattutto al fatto che la discrezionalità nelle procedure di gara e la liberalizzazione del subappalto renderebbero più facile il rischio di corruzione e di infiltrazioni mafiose.

Per porre rimedio a questa situazione, però, nessuna proposta concreta è stata avanzata, se si escludono alcune limitate modifiche nella legislazione regionale, che non sembrano avere mutato in modo sensibile la precedente situazione.

Ance Palermo, nel condividere questo allarme, ritiene che, **a normativa vigente**, senza bisogno di modifiche legislative, l'introduzione di buone pratiche nell'applicazione del Codice possa dare una risposta a queste preoccupazioni, oltre a dare una maggiore efficienza al sistema dei lavori pubblici e, con questa nota, **per i lavori sotto soglia comunitaria**, intende portarle all'attenzione delle stazioni appaltanti e di quanti vorranno confrontarsi e discuterne.

1) OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA (OEPV)

L'art. 108 del Codice, tra i criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici, indica il minor prezzo e l'offerta economicamente più vantaggiosa, la quale dovrebbe servire a valutare non solo il prezzo ma, soprattutto, la qualità delle offerte.

Al comma 2 dello stesso articolo, il Codice indica in quali casi è obbligatorio utilizzare l'OEPV, ovvero in caso di appalto integrato o di lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico.

Le motivazioni di questo obbligo sono condivisibili in quanto nel caso di appalto integrato non c'è ancora un progetto esecutivo e il progetto di fattibilità tecnico economica (PFTE), messo a base di gara, potrebbe fornire indicazioni non sufficientemente dettagliate suscettibili di miglioramento nel progetto esecutivo, la cui redazione sarà affidata all'impresa aggiudicataria.

Nel caso di gara su progetto esecutivo per lavori con notevole contenuto tecnologico il criterio dell'OEPV è ampiamente motivato dalle caratteristiche dell'opera da realizzare, che si presta a soluzioni tecnologiche più innovative.

Mentre con le precedenti versioni del Codice l'OEPV era la strada privilegiata per l'aggiudicazione dei lavori pubblici, con il nuovo Codice, al di fuori di questi due casi, tutti i criteri sono equivalenti e la

scelta è a totale discrezione della stazione appaltante, con il risultato che l'OEPV è spesso utilizzata per lavori assolutamente ordinari, nei quali soluzioni tecnologiche alternative, proposte dall'operatore economico, sono pressochè equivalenti a quelle del progetto esecutivo ed equivalenti alle soluzioni proposte dagli altri operatori che partecipano alla gara.

In questi casi può succedere, da un lato, che la valutazione delle varie proposte, sia inevitabilmente discrezionale, dall'altro si può avere un appiattimento dei punteggi tecnici, favorendo l'aggiudicazione a chi ha fatto il ribasso più elevato, oppure a chi propone opere aggiuntive (vietato per legge, ma a volte richiesto anche dal bando), vanificando il senso dell'OEPV.

Alta discrezionalità nell'attribuzione dei punteggi si ha, anche, quando le "migliorie" richieste non riguardano il progetto ma l'organizzazione del cantiere, le modalità di esecuzione dell'opera, etc.

Spesso, inoltre, tra i criteri che permettono di avere punteggi necessari per l'aggiudicazione viene richiesto il possesso, da parte dell'impresa partecipante, di alcune certificazioni ambientali, di sicurezza, etc. (certificazioni non obbligatorie per l'esecuzione dei lavori) con la conseguenza che le imprese che non li possiedono non partecipano alla gara, perché sanno di non avere alcuna possibilità di vincerla. Questi criteri, che nulla hanno a che vedere con il miglioramento della qualità dell'opera, diventano, pertanto, ulteriori requisiti di partecipazione che escludono le imprese che non ne sono in possesso.

Buona pratica è, pertanto, utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo nei casi obbligatoriamente indicati dalla legge, ovvero in caso di appalto integrato o di lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico.

E' buona pratica evitare, in questi casi, l'utilizzo di criteri che non abbiano una oggettiva e misurabile idoneità a migliorare la prestazione offerta e non attribuire alcun punteggio per l'esecuzione di opere aggiuntive.

2) APPALTO INTEGRATO

L'art. 44 del D.Lgs. 36/2023 disciplina l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dei lavori (c.d. appalto integrato), prevedendo che negli appalti di lavori (escluse le manutenzioni ordinarie), con la decisione di contrarre, la stazione appaltante può stabilire che il contratto abbia per oggetto sia la progettazione esecutiva sia l'esecuzione dei lavori, sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato e, in tal caso, il criterio di aggiudicazione è unicamente quello della offerta economicamente più vantaggiosa.

L'operatore economico che partecipa alla gara dovrà, ovviamente, possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati da indicare nell'offerta o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione.

Si tratta, evidentemente, di uno strumento molto delicato da giustificare con riferimento alle esigenze tecniche e non solo per coprire ritardi dell'ente appaltante nel non essersi dotato per tempo di un progetto esecutivo

E' sempre auspicabile, infatti, che l'amministrazione si doti di progettazioni esecutive redatte da progettisti dalla stessa selezionati e che ad essa si rapportano e che vengano messi a gara progetti esecutivi aggiornati e validati.

Il problema principale, però, è quello individuato nella stessa legge quando pone l'attenzione sul **rischio di eventuali scostamenti di costo** nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto.

Sovente, infatti, il costo dell'opera previsto nel progetto di fattibilità economico finanziario è stato individuato in modo insufficiente, stante la genericità di quel livello di progettazione, con inevitabili ripercussioni sulla progettazione esecutiva e sull'esecuzione delle opere.

Buona norma è che l'ente appaltante si doti per tempo delle progettazioni esecutive redatte da progettisti dalla stessa selezionati ed eviti di ricorrere all'appalto integrato come una scorciatoia per celare i propri ritardi. Qualora particolari ragioni di urgenza lo rendano necessario abbia cura di preventivare con la massima attenzione il costo dell'opera.

3) PROCEDURE DI GARA

Il nuovo Codice, a differenza di quanto previsto dalla legislazione nel periodo Covid-19, prevede che tutte le procedure, aperte, ristrette e negoziate, possono essere indifferentemente utilizzate a scelta dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Nonostante ciò si continua a dare la preferenza alle procedure negoziate e ristrette, tant'è che, per effetto combinato della normativa che estende le procedure negoziate sottosoglia, di quella sui settori speciali, ormai del tutto liberalizzati, e sui concessionari "senza gara", come ha messo in evidenza l'ultima relazione dell'Anac, circa il 96% degli appalti rischia di essere sottratto al mercato ed essere affidato con procedure discrezionali e prive di trasparenza.

I dati nella provincia di Palermo confermano il dato nazionale. Prendendo a riferimento le gare svolte dall' 1 gennaio 2024 per importi sopra il milione di euro (e senza considerare i settori esclusi) si ha che le procedure negoziate senza pubblicazione di bando sono il 78,26% e il 15,22% sono procedure ristrette previa manifestazione di interesse, mentre le procedure aperte sono solo il 6,52%.

La motivazione, addotta dalle stazioni appaltanti, ovvero che la procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara sia più veloce, mentre la procedura aperta sia lunga e farraginosa non sembra, in verità, molto convincente.

Infatti, se nel caso di gara con OEPV, in cui bisogna esaminare e confrontare le offerte tecniche di diversi concorrenti, occorre tempo per esaminare e confrontare le proposte tecniche, nel caso di aggiudicazione con il minor prezzo ciò non è più così.

La procedura aperta, infatti, può svolgersi con la cosiddetta "inversione procedimentale", ovvero con il controllo della documentazione sui requisiti delle imprese che partecipano alla gara, effettuato successivamente all'aggiudicazione e solo in capo all'offerente che ha presentato la migliore offerta, riducendo drasticamente, in questo modo, i tempi di svolgimento della gara.

Se, poi, come spesso accade, in una procedura negoziata si fa precedere la selezione delle imprese da invitare da una manifestazione di interesse (procedura ristretta), i tempi sono addirittura maggiori di quelli di una procedura aperta al minor prezzo.

Lo stesso Codice, infatti, (allegato I.3) prevede che la durata massima delle procedure ristrette (con manifestazione di interesse) per le gare con il minor prezzo, sia di sei mesi, mentre per le procedure aperte la fissa in cinque mesi.

Per quanto si possa ricorrere a criteri di rotazione regolamentati, liste imprese, regolamenti, etc. il rischio di discrezionalità nella scelta delle imprese da invitare in una procedura negoziata è sempre molto elevato, a maggior ragione quando non c'è neanche la pubblicazione di un bando di gara ed in queste circostanze il rischio di corruzione ed eventuali infiltrazioni mafiose è più elevato.

Per questo motivo, a partire dalla legge Merloni, il legislatore ha sempre cercato di individuare criteri non discrezionali per l'aggiudicazione delle opere.

Buona pratica è, pertanto, l'utilizzo della procedura aperta per l'affidamento di tutti i lavori sotto soglia comunitaria che si svolgono con il criterio del minor prezzo.

4) ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANOMALE

Tra i criteri non discrezionali per l'aggiudicazione dei lavori con il minor prezzo, la legislazione, da tempo ha individuato quello dell'esclusione automatica delle offerte anomale, con la soglia individuata in base a sistemi, pensati con funzione "antiturbativa", per rendere imprevedibile l'esatta soglia di anomalia.

Con il nuovo Codice l'art. 54 prevede che, nel caso di aggiudicazione di appalti "sottosoglia" con il criterio del minor prezzo, che non presentino un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti sono tenute a prevedere negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, non essendo neanche necessario indicarlo nel bando o nell'invito, in quanto l'applicazione di tale sistema non è subordinato alla relativa previsione negli atti gara.

Per individuare la soglia oltre la quale le offerte sono da considerare anomale, il Codice, nell'allegato II.2, prevede tre diversi algoritmi e l'ente appaltante può indicare nel bando, o nell'invito, quello che sarà applicato. In merito a ciò il Codice, oltre alla possibilità di indicarlo nel bando, dà facoltà di sorteggiare, in sede di valutazione delle offerte, quale utilizzare, in modo da aumentare l'imprevedibilità.

E' buona pratica prevedere il sorteggio (in sede di valutazione delle offerte) di quale dei tre algoritmi previsti debba essere utilizzato per la determinazione del ribasso di aggiudicazione, rendendo ancor più imprevedibile e difficilmente manipolabile l'esito della gara.

5) SCORPORO MANODOPERA

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, di cui al D.Lgs. n. 36/2023, all'art. 41, comma 14, stabilisce che i costi della manodopera e della sicurezza siano scorporati dall'importo assoggettato a ribasso ma, allo stesso tempo, precisa che *«resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale»*.

Per altro verso il comma 9, dell'art. 108 del D.Lgs. n. 36/2023 impone ai concorrenti di indicare i costi della manodopera nell'offerta economica a pena di esclusione.

Come avviene per il costo della sicurezza, non assoggettare a ribasso il costo della manodopera ha un importante valore simbolico perché afferma un principio e toglie ogni alibi per la mancata osservanza delle condizioni salariali.

Questo, inoltre, per le imprese è particolarmente importante perché permette di calmierare i ribassi quando i criteri di aggiudicazione portano ad innalzarli in modo eccessivo.

L'interpretazione e la giurisprudenza si sono espressi, in diverse occasioni per la ribassabilità della manodopera, ma ciò in procedure relative a gare nelle quali è prevista una giustificazione delle varie voci dell'offerta.

Nel caso di gara al minor prezzo con l'esclusione automatica delle anomalie, in linea generale, non occorre di dover giustificare l'offerta e non c'è alcun interesse, da parte dell'operatore economico, a ribassare la manodopera al fine di giustificare la sostenibilità complessiva del ribasso.

Buona pratica è che il bando o l'invito di gara indichino in via separata il costo della manodopera, desumendolo dalle relative incidenze indicate nelle singole voci del Prezzario Regionale, e che tale costo non sia assoggettato a ribasso.

6) PREMIO DI ACCELERAZIONE

Il D.Lgs. n. 36/2023 (art. 126, comma 2) ha reintrodotto in via ordinaria, e a regime, il premio di accelerazione, attribuendo alla stazione appaltante la facoltà di riconoscere tale incentivo in caso di ultimazione dei lavori anticipata rispetto al termine fissato contrattualmente. Il Codice, però, prevede che l'applicazione di tale istituto sia facoltà della stazione appaltante.

Una ultimazione anticipata dei lavori, in effetti, attua il principio di risultato che è una delle finalità introdotte dalla nuova disciplina, inserito proprio all'art. 1 del Codice, che prevede la tempestività nell'esecuzione del contratto quale elemento fondante dello stesso.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il premio non è dovuto in tutti i casi in cui il termine finale sia posticipato, e tanto sia se ciò avvenga a seguito di proroga anche concordata, quanto nell'ipotesi di sospensioni e varianti, ancorché disposte dalla stazione appaltante, quanto, infine, per fatti dovuti a slittamento o differimento per forza maggiore e, pertanto, si dà per assodato

che l'appaltatore preventivamente accetti l'alea collegata al verificarsi di eventi impeditivi di ogni tipo.

Il nuovo Codice, mitigando tale orientamento giurisprudenziale, attribuisce alla stazione appaltante la possibilità di riconoscere il premio di accelerazione anche a fronte di uno slittamento del termine contrattuale derivante da eventuali e legittime proroghe, purché ciò sia espressamente previsto nei documenti di gara.

Il riconoscimento del premio, oltre a compensare il maggior sforzo produttivo profuso dall'appaltatore per l'accelerazione dei tempi di esecuzione dei lavori, disincentiva la richiesta di sospensioni o altre pratiche dilatorie, anche se legittime.

Buona pratica è prevedere il premio di accelerazione nei bandi di gara, in modo da responsabilizzare ulteriormente l'appaltatore, ma di prevedere il riconoscimento solo nel caso in cui venga rispettata la data di ultimazione originaria fissata in contratto.

7) SUBAPPALTO

Altro argomento molto controverso, oggetto di allarme, è quello che riguarda l'eliminazione delle limitazioni al subappalto, dovuto all'intervento dell'Unione Europea, che introduce, anche, la generale possibilità di ricorrere al cosiddetto subappalto a cascata.

Con la procedura di infrazione n. 2018/2273, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in effetti, ha censurato la limitazione al subappalto *fissata per legge in via generale ed astratta*, ma ha preservato la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, le quali possono prevedere delle limitazioni sulla base delle caratteristiche della situazione concreta.

L'art. 119, comma 2 del Codice, infatti, prevede che siano le stazioni appaltanti (*eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti*) a indicare quali lavorazioni non sia possibile subappaltare, *tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare*, per garantire la *tutela delle condizioni di lavoro e della salute* ed anche per *prevenire il rischio di infiltrazioni criminali* e ciò vale anche per il divieto del subappalto "a cascata", in quanto le stazioni appaltanti potranno indicare nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni che, pur subappaltabili, non potranno formare oggetto di ulteriore subappalto.

Buona pratica sarebbe indicare nel bando di gara, o nella lettera di invito, quali sono le lavorazioni che non possono essere subappaltate e quelle che, pur subappaltabili, non potranno formare oggetto di ulteriore subappalto, motivando questa scelta con le ragioni indicate nel Codice.

Non ci nascondiamo, però, che per le stazioni appaltanti non è facile trovare motivazioni specifiche e non generiche per fissare delle limitazioni e per tale finalità possono essere d'aiuto eventuali protocolli sottoscritti tra Prefettura, amministrazioni appaltanti, associazioni datoriali ed organizzazioni sindacali, sul modello di quanto fatto per i lavori del Giubileo 2025 a Roma.

Palermo, giugno 2024