

*I nuovi livelli di progettazione:
quali scenari con il nuovo regolamento appalti
a cura di B. Bosetti e V. Rizzo
a domanda risponde
Battista BOSETTI*

03 Giugno 2020 dalle ore 12.30 alle ore 13.30



Avv. Vito RIZZO
Coordinatore Scientifico
Webinar ASMEL



Battista BOSETTI

Socio Fondatore

Bosetti Gatti & Partners s.r.l.

Premessa

Se questo incontro è dedicato, come suggerisce il titolo, ai «Nuovi livelli di progettazione e agli scenari con il nuovo regolamento appalti» non può sfuggire l'impressione che non molto di nuovo sia previsto dal futuro regolamento.

In particolare, a parte il cambiamento del nome del «progetto preliminare» divenuto «progetto di fattibilità tecnico-economica», i contenuti non si discostano da quanto previsto dal «vecchio» regolamento i cui articoli da 17 a 43, che disciplinavano i contenuti dei tre livelli progettuali, sono replicati quasi identici dagli articoli da 85 a 114 del futuro regolamento.

L'unica differenza, forse più formale che sostanziale, è nella fase pre-progettuale ovvero preparatoria all'avvio della progettazione, con la sostituzione dello studio di fattibilità di cui all'art. 14 e del documento preliminare alla progettazione (d.p.p.) di cui all'art. 15, commi 5, 6 e 7 del regolamento, quest'ultimo da redigere a cura del RUP, con altri strumenti.

Premessa

Il cosiddetto DOCFAP (documento di fattibilità delle alternative progettuali di cui all'art. 79 del futuro regolamento) non è che lo sviluppo in burocratese del «quadro esigenziale» (vero abominio linguistico) introdotto dall'art. 23, commi 3 e 5, del Codice, che ne ha rinviato al regolamento il contenuto minimo, dimenticandosene poi all'art. 216, comma 27-octies.

IL DOCFAP sarà obbligatorio solo in tre casi:

- progetti di opere di importo pari o superiore alla soglia comunitaria;*
- progetti sottoposti al dibattito pubblico di cui all'art. 22;*
- progetti oggetto di concorso di idee o concorso di progettazione di cui all'art. 152.*

Il DOCFAP, ove predisposto (obbligatorio nei casi citati, facoltativo o per i masochisti negli altri casi), sarà la base del primo livello di progettazione (di fattibilità tecnico-economica).

Il DIP (documento di indirizzo della progettazione) è invece un'invenzione totalmente nuova del citato art. 79 del futuro regolamento e sostituisce il d.p.p.

Premessa

Con la differenza che mentre il d.p.p. era di pertinenza del RUP, il DIP dovrà essere approvato con provvedimento formale quale presupposto legittimante l'affidamento della progettazione (in tal senso l'art. 79, comma 3).

Da notare che la progettazione semplificata degli interventi di manutenzione non è demandata al regolamento (emanato con d.P.R.), ma a un «ulteriore decreto ministeriale» (art. 23, comma 3-bis, estraneo al d.P.R. regolamentare).

Il futuro regolamento enfatizza, nella fase progettuale, le previsioni delle future manutenzioni con appositi piani di manutenzione ben più articolati di quelli attuali e con l'introduzione di strumenti di progettazione informatica, punto sul quale saranno necessari problematici investimenti delle stazioni appaltanti in termini di strumenti, competenze e aggiornamento professionale e soprattutto interoperabilità e compatibilità con i software dei progettisti, dei D.L. e dell'impresa esecutrice.



Question Time:

Quesiti

1. Affidamento diretto previa consultazione di tutti gli operatori economici (a seguito avviso di manifestazione d'interesse), successivamente lo stesso incaricato può ricevere altro incarico diretto del tipo con un solo interlocutore?

Nelle procedure negoziate si è affermato ormai stabilmente il principio secondo il quale se sono invitati tutti gli operatori economici che hanno manifestato interesse in seguito ad avviso pubblico o che si sono iscritti negli appositi elenchi, non si applica la rotazione per cui in tal caso la risposta sarebbe affermativa (come sostenuto sia da ANAC che dagli arresti giurisprudenziali più recenti) in quanto in assenza di riduzione dei candidati si tratterebbe di procedure assimilabili in tutto alle procedure aperte. Ma il quesito parla di «affidamento diretto» e non di «procedura negoziata» per cui la risposta dev'essere più articolata.

...(segue)...

Quesiti

*La risposta non può prescindere dal noto equivoco tra l'aggettivo **diretto** e la «richiesta di almeno 3 preventivi» (riservata ai lavori da 40.000 a 150.000 euro) o la «consultazione di almeno 5 operatori» (riservata ai servizi e forniture da 40.000 euro alla soglia comunitaria), quindi di affidamento **diretto** solo nominalmente ma non di fatto.*

Ebbene, in entrambi i casi, sia la richiesta di preventivi che la consultazione di operatori, non possono che avvenire con una sollecitazione del RUP (anche se informale, per l'acquisizione in forma scritta di un preventivo o di un'offerta) rivolta a un numero limitato di soggetti, per cui la rotazione è obbligatoria. Ma se sono stati sollecitati alla risposta tutti i soggetti che hanno manifestato interesse in seguito ad avviso pubblico o iscritti nell'elenco (due condizioni non obbligatorie negli «affidamenti diretti»), senza riduzione alcuna, allora non c'è motivo di discostarsi da quanto affermato per la procedura negoziata e disapplicare la rotazione.

Quesiti

2. Contratto di disponibilità, art. 188 in combinato disposto con l'art. 183, comma 16, del Codice

Non è qui la sede per trattare del controverso istituto del Contratto di disponibilità, né questo è l'oggetto del quesito, che pare limitato all'applicabilità del complesso e particolare procedimento previsto per la finanza di progetto (art. 183, comma 15) anche a questo tipo di contratto, operata dal comma 16 della stessa norma, a tutti i contratti di PPP (quindi alle concessioni, ai contratti di disponibilità e ai contratti di leasing come alla finanza di progetto). In altri termini il tutto sta a significare (e questo ad opera del Codice mentre il regolamento non introduce né potrebbe introdurre nulla di diverso o di nuovo) che anche nel contratto di disponibilità è ammesso l'avvio del procedimento mediante iniziativa privata, con proposta autonoma da parte di uno o più operatori disposti a finanziare l'investimento.

... (segue) ...

Quesiti

... (seguito) ...

Pertanto anche nel contratto di disponibilità (e nel leasing) come nella finanza di progetto il privato che presenta la proposta (o che presenta la migliore proposta se più proponenti prendono l'iniziativa) ritenuta meritevole e rispondente agli obiettivi dell'amministrazione, assume la veste di «Promotore» e acquisisce due vantaggi rispetto ai terzi:

- a base di gara è messa la propria proposta tecnico-economica e progettuale-gestionale;*
- il cosiddetto diritto di prelazione (moderatamente oneroso) sull'eventuale diverso aggiudicatario nella stessa gara.*

Vantaggi che, innegabilmente, disincentivano la concorrenza e la partecipazione di competitori interessati a contendere l'assegnazione del contratto al promotore.

Quesiti

3. In attesa del quadro esigenziale e del documento di indirizzo alla progettazione di opere pubbliche di importo inferiore 1 milione di euro si può approvare uno "studio di fattibilità" (non "progetto di fattibilità") in base al d.P.R. n. 207 del 2010?

Il progetto di fattibilità (tecnico-economica) è obbligatorio per l'inserimento nell'elenco annuale (e non per l'intero programma triennale) di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro. Per lavori di importo inferiore nulla dice il Codice all'art. 21, se non dispone, a contrariis, l'esenzione da qualsiasi adempimento per lavori di importo inferiore a 100.000 euro, apparentemente lasciando senza disciplina la fattispecie da 100.000 a 1.000.000 di euro.

... (segue)...

Quesiti

Il «Quadro esigenziale» che precede il progetto di fattibilità (tecnico-economica) è obbligatorio solo per lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, destinati al dibattito pubblico o ai concorsi di progettazione. Comunque al momento non esiste e, se ritenuto opportuno, è un tutt'uno fuso con il d.p.p., il DIP (documento di indirizzo alla progettazione) o il DOCFAP (documento di fattibilità delle alternative progettuali) dei quali cui si dirà nel seguito. Anche il DOCFAP è limitato ai casi nei quali è richiesto il Quadro esigenziale e al momento non esiste. Infine il DIP indicato per tutti i lavori (anche quelli di importo da 100.000 a 1.000.000 di euro), pur non esistendo formalmente in quanto introdotto solo dal futuro regolamento (peraltro in eccesso di delega, che si limita ai 3 livelli progettuali e non ad un quarto pre-progetto), in via transitoria deve essere sostituito dal d.p.p. (documento preliminare alla progettazione) di cui all'art. 14 del d.P.R. n. 207 del 2010, articolo ancora vigente e richiamato dall'art. 216, comma 4, del Codice per il periodo transitorio.

Quesiti

4. Quali sono le linee guida ANAC che rimarranno in vigore e quali sono quelle che non saranno più applicabili quando il regolamento entrerà in vigore?

*Stando alla bozza attualmente disponibile saranno abrogate espressamente le **Linee guida n. 3** (Nomina, ruolo e compiti del RUP) e le **Linee guida n. 4** (Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria).*

*Saranno abrogate per sopravvenuta disciplina che ne copre integralmente l'ambito ai sensi dell'art. 15 delle pre-leggi le **Linee guida n. 1** (Affidamento dei servizi di architettura e ingegneria).*

... (segue) ...

Quesiti

Resteranno in vigore, seppure col probabile depotenziamento delle competenze e della presa sulle amministrazioni che caratterizzerà l'attività di ANAC:

- **Linee guida n. 5** (Criteri di scelta dei commissari di gara e iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale dei commissari), per quanto «tarparate» e compatibili con la sospensione dell'art. 77, comma 3, del Codice per tutto il 2020;*
- le **Linee guida n. 6** (Indicazione di mezzi di prova e carenze significative per l'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice), per quanto compatibili la modifica di tale comma intervenuta nel 2020 e quindi da adattare e reinterpretare in base a tale modifica;*
- le **Linee guida n. 7** (Iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni e degli enti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house).*

... (segue) ...

Quesiti

Resteranno inoltre in vigore, in quanto compatibili col regolamento, anche se non vincolanti:

- **Linee guida n. 2** (*Offerta economicamente più vantaggiosa*);
- **Linee guida n. 8** (*Procedure negoziate in caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*);
- **Linee guida n. 9** (*Monitoraggio sull'attività dell'operatore economico nei contratti di PPP*);
- **Linee guida n. 10** (*Affidamento del servizio di vigilanza privata*);
- **Linee guida n. 11** (*Verifica del rispetto del limite ai lavori eseguibili in house da parte dei soggetti titolari di concessioni non affidate con procedure competitiva*);
- **Linee guida n. 12** (*Affidamento dei servizi legali, sintetizzate nell'art. 14 del regolamento*);
- **Linee guida n. 13** (*Disciplina delle clausole sociali*);
- **Linee guida n. 14** (*Consultazioni preliminari di mercato*);
- **Linee guida n. 15** (*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle gare*).

Quesiti

5. Quand'è che, verosimilmente, potrà essere operativo il nuovo Regolamento considerato l'iter per la sua approvazione?

Per rispondere a questa domanda bisognerebbe avere capacità divinatorie.

La strada non sarà breve, sia per l'acquisizione dei pareri del Consiglio di Stato, del Consiglio Superiore dei LL.PP., della Conferenza per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome (e forse anche della Conferenza Stato-Città ed autonomie locali e delle Commissioni parlamentari), che per l'irrisolto coordinamento con le sospensioni transitorie del Codice introdotte dallo «sblocca-cantieri» fino al 31 dicembre 2020, che per l'eventuale entrata in vigore, prima del regolamento, di un decreto-legge «semplificazioni» (più volte promesso come imminente e mai attuato) che dovrebbe riguardare anche parti rilevanti del Codice.

... (segue) ...

Quesiti

... seguito...

Una volta concluso l'iter, stando alla bozza attuale, il regolamento entra in vigore 15 giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, secondo il termine ordinario di cui all'art. 10 delle pre-leggi, derogando al termine eccezionale e derogatorio di 180 giorni che era stato stabilito sia per il regolamento del 1999 che per il regolamento del 2010 (quindi «deroga alla deroga»). Malgrado l'elevata aleatorietà della situazione (basti pensare alla coerenza di una commissione per il regolamento nella quale vi sono due avvocati amministrativisti di grido che hanno sempre sostenuto l'opportunità di abrogare il Codice del 2016), sulla base dell'esperienza passata e della insipienza e della scarsa aderenza alla realtà dell'attuale struttura ministeriale (né migliore né peggiore di quella degli ultimi 20 anni), credo di poter dire che fino al 2021 non se ne parli.

Quesiti

6. Rapporti fra contenuti del vecchio regolamento del DPR 207/2010 e nuovo regolamento

Trascurando il rapporto tra i due regolamenti in materia di progettazione, del quale si è accennato nella premessa, la differenza fondamentale è il pedissequo recepimento di molte linee guida di ANAC, oltre che dei decreti del MIT in materia di direzione lavori, qualificazione degli operatori nei servizi tecnici, interventi sui beni culturali e categorie superspecializzate.

La parte più incisiva è quella dedicata al RUP dove il legislatore delegato, non soddisfatto della già più che esaustiva disciplina dell'art. 31 del Codice, con gli articoli da 3 a 6 del nuovo regolamento, rende vincolanti e assorbe integralmente le già cervellotiche Linee guida n. 3 di ANAC, con i relativi pregi (pochissimi) e difetti (troppi e alcuni insuperabili).

Quesiti

In disparte la contraddizione aperta già dal Codice all'art. 31, tra i commi 1, terzo periodo (che ammette un RUP genericamente non qualificato in caso di carenza di organico), quarto periodo (che ne richiede la specifica competenza professionale) e il comma 6 (che impone un tecnico per i lavori e i servizi di ingegneria e architettura, per poi ammettere ancora, in assenza di tecnici in organico, un RUP generico), il regolamento accoglie integralmente le linee guida ANAC dove richiede un'esperienza pluriennale (variamente calibrata in termini di annualità pregresse) per poter assumere la funzione di RUP. Come questo sia possibile nei casi di carenza di organico è un mistero: un RUP legittimamente non competente in materia (per assenza in organico di un RUP tipico) come possa aver accumulato un'esperienza pluriennale in materia di appalti e concessioni è un mistero.

Quesiti

Siamo in pieno «comma 22».

Sarebbe come dire che per conseguire la patente di guida bisogna aver guidato una macchina per almeno tre anni, o che un chirurgo può operare un paziente al cuore solo dopo aver operato pazienti per un certo numero di anni (peraltro senza differenza tra appendicectomie, riduzione di slogature o emorragie nasali), o che un giudice, per essere tale, deve aver fatto e concluso un certo numero di processi in un determinato numero di anni.

E' ovvio che tutti preferiamo essere operati da un chirurgo esperto o prendere un aereo dove il pilota ha accumulato un certo numero di ore di volo, ma ciò non può essere un presupposto perché un chirurgo a un certo punto entri in sala operatoria o un pilota cominci a condurre un aereo. Altrimenti siamo alla paralisi (o all'estinzione per pensionamento di quelli che hanno esperienza e soggetti subentranti che non potranno mai diventare esperti)

Quesiti

Ma le aberrazioni non finiscono qui.

Cosa significa avere esperienza (per uno, due, tre o cinque anni) in materia di appalti e concessioni (che già sono due cose ontologicamente diverse)?

E' sufficiente aver gestito l'appalto di un marciapiedi in 3 anni o di 4 scuole e 3 depuratori?

Ci sarà bene una differenza tra quantità e qualità degli appalti gestiti ma non solo, per stazioni appaltanti che hanno delegato i procedimenti a una centrale di committenza o, per servizi e forniture, malauguratamente a CONSIP, come potranno aver accumulato un'esperienza diretta?

E infine, come può un soggetto acquisire esperienza in materia di appalti se non è RUP e non può fare il RUP se non ha esperienza?

Per info contattaci a:

 *webinar@asmel.eu*

 *800 165654*

 *www.asmel.eu*

**Grazie
per
la
partecipazione!**