

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI

CONSULTAZIONE PUBBLICA SUL “CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI” (DECRETO LEGISLATIVO 18 APRILE 2016, N. 50)

TEMI INDICATI DAL MINISTERO E PROPOSTE LEGACOOOP PRODUZIONE E SERVIZI

Articolo 5, comma 3

In house orizzontale

Disciplina più ristretta rispetto alla normativa europea e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che richiedono solo la sussistenza del controllo analogo e non anche l'attività prevalente del soggetto controllato.

Nessuna osservazione

Articolo 29, commi 1 e 2

Trasparenza – pubblicazioni

Oggetto della pubblicazione e termini di decorrenza anche ai fini dell'impugnativa - Obbligatorietà di pubblicare tutti gli atti relativi alle procedure di affidamento e duplice pubblicazione su diversi siti (stazioni appaltanti e Amministrazioni di pertinenza)

Nessuna osservazione

Articolo 31, comma 1

Responsabile unico del procedimento - RUP

Disciplina relativa alla nomina e ai requisiti del RUP, anche con riferimento al livello professionale del medesimo

Nessuna osservazione

Articolo 38

Elenco delle stazioni appaltanti qualificate

Qualificazione di diritto delle centrali di committenza con particolare riferimento ai soggetti aggregatori regionali. Coordinamento con la disciplina prevista dal decreto-legge n. 66 del 2014.

Obbligatorietà dell'iscrizione in un apposito elenco per le stazioni appaltanti che devono procedere agli affidamenti di appalti di lavori servizi e forniture senza distinzione dei relativi ambiti di pertinenza e, indifferentemente, per tutte le fasi relative al procedimento (programmazione, affidamento ed esecuzione).

La mancata attuazione della riforma, impedisce qualunque valutazione di merito sulla situazione attuale. Ovviamente un chiarimento degli ambiti di competenza delle diverse centrali di committenza potrebbe essere utile.

Articolo 47, comma 2

Consorzi stabili

Disciplina dei consorzi stabili con particolare riferimento alla necessità dell'avvalimento (prevista dalla norma) di imprese consorziate non designate per l'esecuzione, anche in relazione di cui all'art. 89.

Nessuna osservazione

Articolo 48, comma 19-ter

Vicende soggettive dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei consorzi

Vicende soggettive relative ai raggruppamenti temporanei e ai consorzi ordinari di operatori economici - Rapporto tra mancanza dei requisiti prima e durante la gara e perdita degli stessi successivamente anche ai fini della sostituzione dell'operatore economico

Accade frequentemente che le procedure di gara si protraggono ben oltre i termini di validità dell'offerta indicati nei documenti di gara o dalla normativa vigente e che la Stazione Appaltante chieda, pertanto, ai partecipanti di confermare, per uno o più periodi, la validità delle offerte presentate e di provvedere al rinnovo della cauzione provvisoria. Ciò in palese violazione dei principi di concentrazione e continuità delle gare d'appalto che impongono che le stesse debbano concludersi in tempi certi e ragionevoli a garanzia degli operatori economici che vi partecipano

In tali casi, nell'attuale contesto di crisi economica del mercato degli appalti pubblici, può accadere che, nel lasso di tempo che trascorre dal momento della presentazione dell'offerta a quello dell'aggiudicazione, una o più imprese che costituiscono il RTI offerente, perda l'attestazione SOA per la categoria e/o per la classe richiesta in sede di gara.

Pertanto, al fine di evitare, in simili frangenti, un'ingiusta esclusione dalla gara, sarebbe opportuno ampliare le fattispecie di cui all'articolo 48, commi 17 e 18, applicabili pure in fase di gara ai sensi del successivo comma 19 ter, anche all'ipotesi in cui uno dei componenti del raggruppamento perda l'attestazione SOA per la categoria e/o la classe richiesta in sede di gara nel periodo successivo ai termini iniziali di validità dell'offerta.

Inoltre - per cercare di arginare un distorto ed abnorme ricorso da parte delle Stazioni Appaltanti all'incameramento della cauzione provvisoria al di fuori delle fattispecie previste dalla legge e del principio di imputabilità della condotta al soggetto destinatario della sanzione a titolo di dolo o di colpa - sarebbe opportuno venisse espressamente previsto che nei casi in cui il RTI venga estromesso dalla gara per perdita dei requisiti tempestivamente segnalata alla Stazione Appaltante, la cauzione provvisoria non possa essere escussa e nessuna segnalazione all'ANAC debba essere effettuata.

Articolo 59, commi 1 e 1-bis

Appalto integrato

Obbligo, per i lavori, di appaltare su progetto esecutivo e possibili deroghe a tale obbligo

Il divieto quasi assoluto di appalto integrato, introdotto con il Codice, è stato allentato nel decreto correttivo introducendo ulteriori ipotesi per le quali sarà possibile andare a gara su progetto definitivo ossia:

- a. Opere di urbanizzazione a scomputo*
- b. Locazione finanziaria*
- c. Lavori ad alto contenuto tecnologico*
- d. Manutenzioni fino a 2,5 mln.*

Rimane centrale anche in questo ambito la crescita di capacità dei committenti che dovranno saper acquisire servizi di progettazione adeguati alla realizzazione dell'opera e gestire l'innovazione tecnologica che il decreto BIM progressivamente introdurrà nella realizzazione delle opere. Pertanto, in questo ambito sarebbe opportuno chiarire meglio l'ambito di applicazione dell'utilizzo dell'appalto integrato (ad esempio prevedendolo esplicitamente negli appalti sui beni culturali), seppur solo in riferimento alla gara su progetto definitivo

Articolo 77, commi 1 e 3

Albo presso l'ANAC dei commissari

Procedure di nomina dei commissari, incluso il Presidente, diversificate in relazione all'importo dell'affidamento.

Compensi dovuti ai componenti delle commissioni medesime.

Nessuna osservazione

Articolo 80

Requisiti di partecipazione

Verifica dei requisiti di carattere generale con riferimento a tutti i soggetti aventi funzioni di direzione, rappresentanza e controllo e ai subappaltatori.

In un'ottica di semplificazione e nel rispetto del divieto di gold plating, occorre eliminare ogni riferimento al subappaltatore, come soggetto che deve rendere le dichiarazioni con le conseguenze che ne derivano sulla partecipazione alla gara, anche in considerazione della impossibilità del partecipante alla gara di verificare la veridicità delle dichiarazioni rilasciate.

Previsione relativa ai gravi illeciti professionali e alla violazione degli obblighi contributivi e previdenziali.

È necessaria una revisione della disciplina dell'illecito professionale basata su: eliminazione della Linea guida ANAC, maggiore tassatività delle fattispecie, principio della definitività delle sentenze.

In un'ottica di semplificazione e a tutela dei principi di massima concorrenza, par condicio, e del divieto del gold plating, si dovrebbero introdurre le modifiche sopra indicate che riprendono i contenuti della direttiva europea e che mirano a dare anche maggiore certezza agli operatori economici, individuando con indicazione tassativa e maggior precisione le cause di esclusione e chiarendo che i "mezzi adeguati" devono essere riferiti a provvedimenti definitivi.

In particolare, la modifica alla lett. c) del comma 5 comporta che vi sia una elencazione tassativa dei "gravi illeciti professionali", in aderenza alla norma della Direttiva, e nel rispetto del principio di legalità e tassatività delle cause di esclusione. Diversamente la fattispecie aperta (sostanzialmente prevista con la Linea Guida 6-17 dell'ANAC) ha dato luogo a molteplici contenziosi e creato fortissime incertezze sulle dichiarazioni da rendere da parte degli operatori economici oltretutto non collegate alla gravità delle inadempienze commesse (ad esempio si richiede di dichiarare penali dell'1% del contratto).

Inoltre, per evitare che sulla base di accertamenti non definitivi le imprese vengano escluse dalle gare, con violazione dei principi suddetti, è stato previsto che i "mezzi adeguati" siano riferiti a provvedimenti definitivi o non contestati in giudizio o confermati all'esito di un giudizio. Ciò riduce anche il contenzioso.

Anche la modifica alla lettera f-bis, riprende la Direttiva europea, chiarendo che il comportamento deve essere gravemente colpevole e che devono essere false dichiarazioni relative ai requisiti necessari per la gara

Inoltre, la direttiva europea all'art. 57, comma 2 e comma 3, anche in nome del principio di proporzionalità, stabilisce che le cause di esclusione ivi previste non siano più applicabili "quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe". La previsione ulteriore contenuta nella normativa nazionale non è prevista dalla disposizione europea dunque e non è in linea con i principi richiamati e pertanto va eliminata.

Self cleaning

Sarebbe opportuno individuare una forma di semplificazione (ad esempio in capo ad ANAC) della dimostrazione delle misure adottate dall'operatore economico, evitando di doverle ripresentare interamente in ogni gara.

Procedimento di verifica dei requisiti cui è subordinata l'efficacia dell'aggiudicazione.

La lunghezza delle procedure dipende anche dalla verifica dei requisiti che viene svolta su ogni operatore economico. Per accelerare e snellire i controlli, considerato che la finalità è quella di evitare che la stazione appaltante contragga con operatore non meritevole, allora basterebbe effettuare la verifica dei requisiti di carattere morale e tecnico-economico solo sull'aggiudicatario. Ciò consentirebbe di risparmiare tempo, contenzioso e di garantire comunque la stazione appaltante. La modifica normativa, inserita nell'articolo che descrive il procedimento di gara, comporta il venir meno di tutto il procedimento di ammissione ed esclusione che ha dato luogo a molto contenzioso e notevoli critiche della dottrina e giurisprudenza e su cui pendono diverse questioni di compatibilità comunitaria e costituzionale sollevate dal giudice amministrativo (cfr. Tar Piemonte, sez. I, ord., 17 gennaio 2018, n. 88 e TAR Puglia, Bari, sez. III, ord., 20 giugno 2018, n. 903).

Articolo 83

Sistema di qualificazione delle imprese per i lavori

Sistema di qualificazione degli operatori economici e raccordo con la disciplina del contraente generale.
In una ottica di semplificazione e coerenza del sistema, occorre rimettere la disciplina sul Contraente Generale in tema di qualificazione al decreto del MIT di cui all'art. 83 del Codice e non alle linee guida dell'ANAC, come attualmente previsto per la determinazione delle classifiche di qualificazione del C.G. e per gli ulteriori requisiti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di idoneità tecnica e organizzativa e di adeguato organico tecnico e dirigenziale (articolo 197, commi 3 e 4).

Possibilità di prevedere sistemi alternativi di qualificazione (art. 84, c. 12)

Il criterio dettato dalla legge delega ha imposto al legislatore delegato una "revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite" (articolo 1, comma 1, lettera uu, della legge 28 gennaio 2016, n. 11).

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici ha confermato, all'articolo 84, comma 1, il riferimento al sistema SOA, quale meccanismo unico di qualificazione operante negli appalti di lavori al di sopra dei 150 mila euro.

Inoltre:

- 1. Per gli appalti superiori a 20 mln €, si prevede che la stazione appaltante, oltre all'attestazione SOA, possa chiedere ai concorrenti ulteriori requisiti di capacità economico-finanziaria, quali certificazioni di società di revisione che rappresentino l'esposizione finanziaria del concorrente ovvero in alternativa una cifra di affari pari a 2 volte l'importo a base di gara nei migliori 5 anni dell'ultimo decennio (art. 84, comma 7).*

2. È prevista, per gli appalti superiori a 100 mln €, la dimostrazione di requisiti di capacità professionale relativi ai lavori analoghi (art. 84, comma 7).

In considerazione di tale complesso sistema e al fine di evitare la frammentazione del sistema di qualificazione, con rischio di desertificazione delle imprese di minore dimensione che si troverebbero, in una situazione già di crisi drammatica, a dover dimostrare requisiti ulteriori, con pregiudizio del principio di concorrenza, non si comprende la necessità di ulteriori sistemi di qualificazione da utilizzare da parte di singole stazioni appaltanti.

Si ritiene pertanto opportuno sopprimere il comma 12.

Articolo 83, comma 9

Soccorso istruttorio

Disciplina del soccorso istruttorio anche con riferimento all'articolo 95, comma 10

Parte della recente giurisprudenza ha chiarito che la mancata separata indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera determina un'irregolarità non sanabile mediante il ricorso al soccorso istruttorio, atteso che tale istituto ammette l'esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti solo in relazione alle carenze di elementi formali della domanda, mentre, nella specie, viene in rilievo la carenza di un elemento sostanziale, perché attinente al contenuto dell'offerta economica.

Riteniamo tale orientamento condivisibile poiché la mancata indicazione del costo della manodopera, soprattutto in alcuni appalti (ad esempio quelli ad alta intensità della manodopera), denota una scarsa attendibilità della proposta e quindi una scarsa affidabilità dell'operatore economico.

Articolo 83, comma 10

Rating di impresa

Sistema del rating di impresa e delle relative premialità, anche con riferimento alla dimensione dell'impresa. Definizione dei parametri per l'attribuzione del rating, modalità di assegnazione dei punteggi e suoi effetti.

L'istituto del rating d'impresa, dovrebbe essere teso a garantire l'affidabilità degli operatori economici. Esso, tuttavia, connesso, secondo la definizione del codice, "a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili...", risulta di assai difficile autonoma declinazione in quanto rischia, laddove si attenga a tali parametri, di sovrapporsi ad altre fattispecie già ampiamente disciplinate sia all'interno del codice che in altra normativa, tese ad assicurare le medesime finalità. Si pensi ad esempio, ai motivi di esclusione dalle gare individuati ad ampio spettro dall'articolo 80 del codice e alle sanzioni assai rilevanti per l'operatore economico che conseguono alla sua mancata ottemperanza, al sistema di qualificazione SOA o al sistema delle Certificazioni, quale quella relativa al Sistema di Gestione Anticorruzione di cui alla norma UNI ISO 37001 che ha proprio l'obiettivo di aiutare organizzazioni e imprese a prevenire e contrastare fenomeni di corruzione, sviluppando e consolidando una cultura della trasparenza e dell'integrità. Od ancora, al modello organizzativo richiesto dal D.lgs. 231/01, di cui le persone giuridiche possono dotarsi al fine dell'esonero di responsabilità in caso di commissioni di una serie di reati da parte dei loro dipendenti, e teso, quindi, anch'esso a creare una cultura della legalità all'interno delle imprese.

In particolare, nell'art. 80, comma 5, lett. c), ossia nel c.d. illecito professionale, possono potenzialmente confluire tutte quelle situazioni che, ancorché non rientranti nelle fattispecie tipizzate di cui alle altre lettere dell'art. 80, possono essere considerate come ostantive dalla stazione appaltante, in quanto incidenti sulla moralità professionale del concorrente.

Tali situazioni penalizzanti, sotto altro profilo, rientrano anche, seppur con declinazione leggermente diversa, quali indici reputazionali valutabili ai fini del rating.

Il legislatore del Codice e, poi, le Linee Guida messe in consultazione dall'ANAC, forse proprio al fine di evitare inutili ripetizioni, hanno cercato di individuare parametri reputazionali ulteriori rispetto a quelli contenuti nelle suindicate disposizioni. Senonché ciò si è tradotto nell'enucleazione di criteri la cui valutazione è rimessa esclusivamente alla discrezionalità, se non all'arbitrio, dei Committenti e tesi, tra l'altro, a punire l'espressione di diritti riconosciuti dall'ordinamento all'operatore economico e, poi, all'appaltatore.

Per contro, l'estrema discrezionalità di alcuni elementi di valutazione, fa intravedere (senza grande fantasia) potenziali ulteriori sacche di illegalità: ad es. per ottenere punteggi non meritati, ovvero per diventare uno strumento, in più, per indebolire concorrenti sgraditi, già in fase di gara.

Tale caratteristica del rating (un vero e proprio effetto distorsivo) produce una generalizzazione degli effetti preclusivi nell'accesso all'intero mercato conseguente a valutazioni rese da singole stazioni appaltanti (peculiarità tutta italiana) e va contro le stesse finalità del legislatore che, nel criterio contenuto nella lettera uu) della legge delega 11 del 2016, aveva immaginato uno strumento premiale; inoltre, come vedremo più avanti, l'estrema difficoltà della sua efficiente gestione operativa, potrebbe generare un ulteriore effetto distorsivo nella valutazione delle imprese.

Inoltre, né le norme sul punto, né le Linee Guida messe in consultazione da ANAC hanno disciplinato (probabilmente per oggettive difficoltà rispetto allo strumento immaginato) le modalità di suddivisione del punteggio scaturente dal rating di impresa in presenza di operatori plurimi, quali consorzi e RTI (modalità che rappresentano la stragrande maggioranza degli affidamenti), così come evidenziato già nella prima consultazione.

La LG messa in consultazione sul rating d'impresa è apparsa, purtroppo, assai distante dal concetto di premialità sostanziale cui avrebbe dovuto essere principalmente ispirata, attribuendo al rating di impresa la principale funzione di moralizzazione del settore, funzione già presidiata nel Codice, ma non solo, da altri specifici strumenti.

Sarebbe, pertanto, opportuno, visto anche il necessario accantonamento della realizzazione dello strumento, sopprimere la norma in questione.

Articolo 84, comma 4

Qualificazione delle imprese

Disciplina dei requisiti rilevanti ai fini della qualificazione, con particolare riferimento all'esperienza maturata negli anni precedenti per i lavori eseguiti e all'arco temporale di riferimento.

Il mantenimento del decennio quale periodo di riferimento si ritiene idoneo, ma si rende necessaria una profonda revisione del provvedimento attuativo proposto da ANAC al Ministero delle Infrastrutture con riguardo agli aspetti di seguito evidenziati.

1. Verifica permanente dei requisiti speciali

Una rilevante novità della proposta di DM è rappresentata dalla necessità di valutare per tutta la durata dell'attestazione, oltre che il mantenimento dei requisiti generali (già previsti nel d.P.R. 207/2010), anche di quelli speciali, tra cui viene evidenziato il monitoraggio della "idoneità delle attrezzature e delle risorse umane a disposizione degli operatori economici a garantire la capacità esecutiva per le categorie e classifiche di qualificazione riconosciute" (art. 15, co. 1, lett. g).

La misura non è condivisibile poiché rappresenta un ulteriore onere a carico dell'impresa, difficilmente verificabile a causa della mancanza di una fonte informativa adeguata, come nel caso dei requisiti di carattere generale (verifica settimanale del Casellario da parte delle SOA). Inoltre, c'è una evidente sovrapposizione con la verifica triennale.

2. Affidamento di lavorazioni riconducibili a categorie non presenti in bando e cooptazione

Dal combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 22 della proposta di DM sembrerebbe desumersi che il subappaltatore debba essere qualificato nella lavorazione affidata, non nella categoria prevista dal bando.

Vale solo per le lavorazioni di valore inferiore a € 150.000? Sarebbe opportuno che fosse possibile anche per quelle di importo superiore, ma l'articolo 86, comma 5-bis, del Codice non sembra consentirlo.

Non è più prevista per le imprese - in possesso di un'attestazione per una categoria diversa da quella di bando - la possibilità di potersi associare in gara per eseguire una quota minoritaria dell'opera ossia la cd. cooptazione di cui all'art. 92, co. 5 del d.P.R. 207/2010.

Lo strumento, seppur ritenuto utile, in passato è stato interpretato in modo troppo diverso dalle stazioni appaltanti. L'eventuale ripristino deve essere accompagnato da una disciplina più chiara e completa.

3. Revisione delle categorie di lavori

La suddivisione della categoria OG3 rischia di generare una eccessiva restrizione della concorrenza soprattutto per i futuri bandi in OG3-B.

A proposito della scissione della categoria OG6, è opportuno un chiarimento sulla collocazione delle opere di teleriscaldamento.

Con riferimento agli impianti, scompare la categoria OG11 (impianti tecnologici) per la quale è previsto entro un anno il frazionamento nelle singole categorie specialistiche OS3, OS28 e OS30 (art. 71, co. 17 e 18).

Riteniamo necessario un suo ripristino, depurata della categoria OS3 (dalla quale sono state anche espunte le lavorazioni di spegnimento incendi, trasferiti alla categoria OS28), solo come "sommatoria" delle categorie OS28 ed OS30.

Inoltre, nelle declaratorie delle nuove categorie non è definito dove siano collocate le lavorazioni relative agli impianti di distribuzione dei gas medicali e tecnici.

A tal proposito occorre un chiarimento su quali siano gli impianti gas coinvolti da tale modifica.

4. Procedura di qualificazione (rinnovo e verifica triennale)

Significativo il fatto che nell'istruttoria della qualificazione sia sotteso un doppio controllo sui requisiti di qualificazione, uno al momento della sottoscrizione del contratto e uno prima del rilascio dell'attestazione (art. 26, co. 1).

Si segnala che attualmente le SOA, prima del rilascio dell'attestazione e quindi al termine dell'iter istruttorio di attestazione, verificano nuovamente solo che non siano intervenute medio tempore annotazioni interdittive di ANAC, procedure concorsuali o operazioni di trasferimento che pregiudichino il possesso dei requisiti.

Viene inoltre confermato che la SOA può procedere all'emissione dell'attestato di qualificazione ove siano decorsi infruttuosamente trenta giorni dall'invio dell'ultima richiesta di verifica relativa al possesso dei requisiti di ordine generale (il cd. silenzio assenso).

Tuttavia, tale silenzio assenso sembra non essere applicabile per la verifica dei requisiti speciali (art. 26, co. 2), o quanto meno mancano completamente le indicazioni sulle modalità di riscontro dei requisiti tecnici oggi chiaramente indicate nel manuale della qualificazione Anac (in particolare per quanto riguarda i CEL privati)

Sembrerebbe opportuno mantenere l'attuale prassi in vigore.

Inoltre, l'impresa deve sottoscrivere il contratto di revisione triennale almeno 60 giorni prima della scadenza triennale dell'attestato; in caso contrario, l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio sino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo (art. 38, co. 2).

Almeno in corso di revisione triennale andrebbe mantenuta l'ultrattività, recuperando la procedura prevista dal DPR 207/10.

5. Requisiti di qualificazione

In contrasto con le disposizioni dell'art. 84, co. 4, lett. b) del Codice, il DM (art. 32, co. 1) limita - per i requisiti di cifra di affari, adeguata dotazione di attrezzature tecniche e adeguato organico medio annuo, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai migliori cinque anni del decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione.

Nel codice il periodo unico di riferimento è, infatti, il decennio e anche la relazione AIR prevede il decennio.

Riteniamo necessario prevedere il decennio.

Tra i requisiti di capacità economica e finanziaria viene prevista, in aggiunta alle idonee referenze bancarie, una comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali. Non sembra uno strumento idoneo a valutare l'affidabilità di un'impresa.

Per quanto riguarda invece i requisiti di capacità tecnica e professionale l'art. 28, comma 7, prevede che "Laddove la qualificazione sia richiesta solo per una o più delle categorie OS3, OS5, OS9, OS10, OS19, OS28, OS30, la dotazione di attrezzature è sufficiente se raggiunge almeno l'1% della cifra d'affari; laddove la qualificazione sia richiesta anche per una o più delle categorie OG3-A, OG3-B, OG4, OG5, OG6-A, OG6-B, OG7, OG8, la dotazione è sufficiente se raggiunge almeno il 3% della cifra d'affari"; anziché sempre il 2% come da DPR 207/10.

Si ritiene che la soglia del 3% sia molto difficilmente raggiungibile sia dalle imprese generali sia da quelle prevalentemente impiantistiche che volessero attestarsi in una categoria edile.

Una soluzione potrebbe essere l'adozione di importi diversi e ponderati in funzione delle categorie:

- 1. per le categorie OS3, OS5, OS9, OS10, OS19, OS28, OS30, la dotazione di attrezzature è sufficiente se raggiunge almeno l'1% del valore della sommatoria delle classifiche richieste in tali categorie moltiplicato per il rapporto fra la cifra d'affari e la sommatoria complessiva delle classifiche richieste;*
- 2. per le categorie OG3-A, OG3-B, OG4, OG5, OG6-A, OG6-B, OG7, OG8, la dotazione è sufficiente se raggiunge almeno il 3% del valore della sommatoria delle classifiche richieste in tali categorie moltiplicato per il rapporto fra la cifra d'affari e la sommatoria complessiva delle classifiche richieste;*
- 3. per tutte le restanti categorie, la dotazione è sufficiente se raggiunge almeno il 2% del valore della sommatoria delle classifiche richieste in tali categorie moltiplicato per il rapporto fra la cifra d'affari e la sommatoria complessiva delle classifiche richieste.*

Inoltre, la SOA deve valutare preliminarmente l'adeguatezza del complesso delle attrezzature a sostenere la capacità dell'impresa con riferimento alle categorie e classifiche oggetto del contratto di attestazione, secondo le indicazioni contenute in atti emanati da Anac (quale? Aggiornamento manuale SOA?) e la valutazione deve risultare da una relazione inserita nel fascicolo virtuale dell'impresa.

Sia l'atto di ANAC che la successiva valutazione della SOA sembrano un'invasione eccessiva nelle scelte tecniche dell'impresa, che è l'unica che può valutare l'adeguatezza delle attrezzature dal punto di vista qualitativo.

È sufficiente, a nostro avviso, la valutazione di adeguatezza quantitativa già prevista.

Fatti salvi i requisiti addizionali per SIOS, previsti nel DM MIT 248/2016, sono confermati i patentini in qualificazione. Infatti, laddove previsto dai CCNL, l'impresa deve dimostrare, che nel proprio organico è presente almeno un numero crescente di operai qualificati, assunti con contratto di lavoro subordinato e muniti di patentino certificato (art. 28, co. 14).

Riteniamo tale soluzione adeguata, al netto del sistema di incremento numerico inutilmente aggravato dall'aumento delle classifiche, e opportuno chiarire quali siano i requisiti addizionali previsti in particolare dall'articolo 3, comma 1, lettera a), del DM 248/16.

6. Incremento convenzionale premiante

Per ottenere l'ICP non debbono più essere verificati 3 indici su 4 ma 2 su 3, mentre "non è possibile beneficiare dell'incremento premiante nel caso in cui non siano raggiunti i livelli minimi dei requisiti speciali di qualificazione" (era il quarto indice, riferito alle percentuali minime di attrezzatura ed organico, che di fatto deve quindi essere obbligatoriamente verificato) e se non si possiede la certificazione di qualità.

In questo modo l'incremento premiante diventa inapplicabile per il 90% delle imprese in quanto l'utilizzo è condizionato a priori dal possesso del sistema di qualità e dal contestuale rispetto dei requisiti di cui all'articolo 28 di valore non inferiore ai minimi ivi stabiliti (le imprese riproporzionano quasi sempre il fatturato). Si ritiene sia necessario quanto meno ripristinare il precedente concetto dei "3 requisiti su 4", anche in considerazione del fatto che l'aumento delle percentuali per le attrezzature in alcuni casi al 3% rende molto difficile il rispetto del requisito.

Si sottolinea che la Relazione AIR ha motivato il non accoglimento della proposta ANCE-ANCPL in quanto ritenuta troppo selettiva (sic!).

Infine, con riferimento alle operazioni societarie, l'ICP parrebbe poter essere applicato solo nel caso di cessione o conferimento dell'intera azienda, non del solo ramo (art. 31, co. 6). Ad oggi le SOA applicano tale procedura solo in caso di attestazione di una "newco" appena costituita e quindi di "prima attestazione", mentre invece in caso di rinnovo di attestazione applica l'ICP anche in caso di affitti di ramo d'azienda, ovviamente in presenza di tutti i restanti requisiti. Peraltro, anche il DPR 207/10 riportava sostanzialmente la stessa formulazione. Per evitare fraintendimenti, potrebbe essere opportuno riformulare il comma in modo che sia chiaramente rappresentata l'interpretazione data dalle SOA.

7. Subappalto

Con la proposta di decreto viene definitivamente abolito il cd. "premio di coordinamento" per l'appaltatore (art. 40, co. 1, lett. b).

Riteniamo fondamentale modificare il comma 22 dell'articolo 105, al fine di ripristinare il premio (si vadano le osservazioni all'articolo 105).

Articolo 89, commi 2 e 4

Avvalimento

Disciplina dell'avvalimento e meccanismi di sostituzione delle imprese ausiliarie che perdano i requisiti, anche con riferimento ai settori speciali.

Nessuna osservazione

Articolo 95, commi 4 e 5

Criteri di aggiudicazione

Disciplina dei criteri di aggiudicazione (minor prezzo o OEPV) nel rispetto delle direttive, anche con riferimento alle soglie e all'affidamento sulla base del progetto esecutivo.

L'abuso dell'utilizzo del sistema dei sorteggi per l'assegnazione o la selezione dei partecipanti (soprattutto nelle gare di minori dimensioni) o l'utilizzo distorto del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa attraverso un utilizzo eccessivo di sub criteri di natura quantitativa (migliorie richieste dalle stazioni appaltanti con l'unica opzione per i concorrenti di offrirle o non offrirle:) o soggettiva (ossia riferiti a caratteristiche dell'impresa) dimostrano che la crescita di qualità delle stazioni appaltanti non è ancora così diffusa.

Eclatante in tal senso il caso delle gare del nuovo mercato SDAPA di Consip, che non offrivano la possibilità di descrivere la propria organizzazione aziendale e di differenziare, quindi, la qualità degli operatori economici.

Così come occorre accrescere le capacità di gestione da parte della pubblica amministrazione della fase esecutiva, in modo da produrre un effetto selettivo sulla qualità delle imprese e delle loro offerte.

Riteniamo pertanto necessario continuare a perseguire tale obiettivo, ancor più importante in un contesto di innovazione tecnologica sempre più radicale.

*Inoltre, effetto (indesiderato?) di tali comportamenti è stata anche la surrettizia **reintroduzione del criterio del prezzo più basso**, con buona pace della qualità della prestazione, frustrata anche dalla*

diffusione di impalpabili criteri organizzativi tra quelli premianti l'offerta tecnica che invece devono riguardare la capacità produttiva e la competenza professionale dell'impresa.

Esiste inoltre, in particolare per quanto concerne gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera, il tema del rapporto "coerente" che dovrebbe intercorrere tra la costruzione del costo del lavoro in sede di predisposizione di gara (art. 23), valutazione dell'offerta e verifica della sua eventuale anomalia (art. 97). Molto spesso questa "organicità" non è presente.

Una delle ragioni risiede nelle modalità con cui si deve tenere conto dei costi contrattuali del lavoro, che dovrebbero essere meno aleatorie e potere fare riferimento a indicazioni più stringenti in sede di gara.

Pertanto, un altro obiettivo condivisibile del Codice rischia di essere messo in discussione da comportamenti opportunistici delle stazioni appaltanti.

Le correzioni all'articolo 95 del Codice hanno stabilito alcuni principi determinanti a salvaguardia dell'obiettivo quali:

- 1. il tetto massimo al peso del prezzo (30%), da mantenere a dispetto delle recenti prese di posizione dell'AGCM;*
- 2. l'illiceità di punteggio premiante per prestazione aggiuntive;*
- 3. l'effettiva concorrenzialità dell'offerta tecnica.*

Occorre pertanto implementare tali novità apportate dal nuovo Codice e in particolare, il contenimento del peso del prezzo nell'offerta, attraverso l'individuazione di formule per la sua valutazione che non premino eccessivamente i ribassi (difendendo contemporaneamente il tetto massimo del prezzo, messo in discussione da AGCM).

Articolo 95, comma 10

Costi della manodopera

Indicazione separata dei costi aziendali e dei costi della manodopera

Favorevoli al mantenimento della disciplina attuale (si vedano osservazioni al punto precedente e all'articolo 83, comma 9)

Articolo 95, comma 10-bis

Tetto massimo del punteggio economico

Disciplina relativa alla previsione, in norma primaria, del peso massimo da attribuire all'offerta economica.

Favorevoli al mantenimento della disciplina attuale (si vedano osservazioni al punto precedente)

Articolo 97, commi 2 e 3

Anomalia

Disciplina della soglia di anomalia.

Criteri di calcolo anche con riferimento al numero delle offerte ammesse

Nessuna osservazione

Articolo 97, comma 5, lettera d)

Disciplina dell'esclusione dell'offerta con riferimento al costo del lavoro

Valutazione dell'offerta anomala con riferimento sia al costo del lavoro sia ai minimi salariali

Siamo favorevoli al mantenimento della disciplina attuale, anche in considerazione del fatto che lo scorporo totale del costo della manodopera dall'offerta economica, già proposto in passato ha sollevato irrisolvibili problemi.

Infatti, la non ribassabilità è stata introdotta la prima volta all'art. 81 comma 3-bis del D.lgs. n. 163/2006 dalla Legge n. 106/2011 di conversione del D.L. 70/2011, successivamente abrogato dal cosiddetto "Salva Italia" (con l'art. 44, comma 3, della Legge n. 214/2011, di conversione del D.L. n. 201/2011) a causa di numerose sollecitazioni da parte degli operatori economici (imprese e stazioni appaltanti) che lamentavano l'indiscutibile ambiguità della norma e le difficoltà operative e a seguito di una consultazione in merito avviata da AVCP.

Successivamente a tale abrogazione la non ribassabilità del costo del personale complessivo è stata reintrodotta, per le sole gare al massimo ribasso, nell'art. 82 comma 3bis del D.lgs. n. 163/2006, dal D.L. n. 69/2013, convertito in legge n. 98/2013 il quale testualmente recitava:

"3-bis. Il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro."

L'applicazione di questa disposizione ha prodotto un esito paradossale negli appalti di servizi. Poiché il costo della manodopera in questa tipologia di appalti si aggira tra l'80% e il 90%, e il principio dello scorporo impediva qualunque ottimizzazione del servizio, le offerte prevedevano sempre lo sconto massimo sui costi residui (utile, costi generali) ammessi a ribasso, con conseguente assegnazione tramite sorteggio.

Difronte a tali esiti e alle difficoltà applicative segnalate a più riprese dalle stazioni appaltanti, anche l'AVCP, con l'Atto di segnalazione al Parlamento n. 2, del 19 marzo 2014 concludeva: "Alla luce delle considerazioni esposte, l'Autorità ritiene che la disposizione in parola non possa trovare applicazione senza incorrere nelle criticità prospettate nonché senza ingenerare gli effetti distorsivi del mercato sopra rappresentati; a ciò si aggiunga, inoltre, la necessità di salvaguardare anche il principio dell'autonomia imprenditoriale, in perfetta coerenza con il diritto comunitario, di cui tiene conto lo stesso articolo 55 della direttiva 2004/18 (recepito negli artt. 87 e 88 del Codice), laddove, sostanzialmente, ammette giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo "complessivo" del personale e tutela il solo costo "unitario".

Ferma restando, pertanto, la tutela da assicurare al rispetto di quest'ultimo, il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, è da ritenere che si determini in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate ex ante". Tali conclusioni, anche per quanto riguarda i profili comunitari, sono tuttora valide.

Occorre poi evidenziare che dal campo di applicazione di tale disposizione erano esclusi, per la loro peculiare natura, sia le forniture di beni, per la evidente difficoltà ad evidenziare il costo del lavoro incorporato in un prodotto, e le gare di servizi intellettuali perché già nel vecchio ordinamento, secondo il DPR 207/10, ad esse si applicava il solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Occorre infine aggiungere che nel Codice attuale sono state previste numerose positive disposizioni che mirano a contenere la concorrenza sul prezzo che, soprattutto nei servizi, significa sul costo della manodopera e in particolare ci riferiamo all'obbligatorietà dell'utilizzo del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo per gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera e ai principi per il contrasto alle gare a ribasso mascherato contenuti nelle modifiche proposte all'articolo nell'articolo 95, all'inserimento obbligatorio della clausola sociale nei bandi di gara (articolo 30), all'obbligo dell'utilizzo delle tabelle ministeriali sul costo del lavoro per il calcolo della base d'asta (articolo 23) e come riferimento per valutare l'anomalia dell'offerta (articolo 97).

Articolo 102, comma 6

Albo dei collaudatori

Previsione dell'Albo dei collaudatori e disciplina dei requisiti dei soggetti tenuti all'iscrizione.

Obbligo delle stazioni appaltanti di ricorrere ai soggetti iscritti all'Albo

Nessuna osservazione

Articolo 105

Subappalto

Disciplina dei limiti con riferimento alla quota subappaltabile e alle categorie dei lavori, servizi e forniture.

Indicazione della terna dei subappaltatori in sede di offerta.

Limiti di affidamento del subappalto anche con riferimento alle imprese che abbiano partecipato infruttuosamente alla stessa gara.

Pagamento diretto.

Rilevanza, ai fini della qualificazione dell'appaltatore, di una quota dei lavori, servizi e forniture affidati in subappalto

Occorre sottolineare come la scelta di imporre un accorciamento della filiera, attraverso l'irrigidimento dell'istituto del subappalto, abbia prodotto danni sia sul fronte delle procedure di gara sia in fase di esecuzione con ripercussioni sulla struttura industriale delle imprese.

I vincoli stringenti che il Codice dei Contratti Pubblici (rectius la legge delega) ha imposto sull'utilizzo del subappalto (terna, pagamenti, limiti di utilizzo in gara e in qualificazione) risultano tra le peggiori scelte fatte dal legislatore.

Partiamo dagli aspetti amministrativi. Come avevamo facilmente previsto, l'obbligo di indicare in gara una terna di subappaltatori sta generando una tale confusione tra operatori e stazioni appaltanti che far passare ancora del tempo prima di fare un passo indietro sarà solo un incentivo al contenzioso di cui non si sente per niente il bisogno. Anche i primi bandi tipo in corso di emissione da parte dell'Anac non sembrano riuscire a sbrogliare la matassa.

In tema di politica industriale, invece, le scelte di limitarne l'utilizzo, avulse dal contesto europeo come già segnalato dalla Commissione Europea e come probabilmente evidenzierà anche la Corte di Giustizia, rischiano di polverizzare sempre più un tessuto industriale già fortemente provato dalla crisi.

Infine, le limitazioni imposte, volte a scongiurare la penetrazione della criminalità organizzata, si giustificavano in un contesto regolatorio in cui la stazione appaltante difetta di adeguati strumenti di controllo sull'integrità e la qualificazione delle imprese subappaltatrici.

Ma ormai non è più così: l'impresa subappaltatrice è tendenzialmente soggetta ai medesimi controlli operati nei riguardi dell'affidataria. Il subappalto pubblicistico presenta, quindi, sempre più marcati profili di atipicità, come è confermato pure dalla possibilità di pagamento diretto del subappaltatore da parte dell'amministrazione.

Né può valere una giustificazione legata alla tutela delle piccole e medie imprese dallo sfruttamento dell'impresa aggiudicatrice. In sede europea il subappalto è considerato un'opportunità per esse e, in ogni caso, la limitazione quantitativa non è lo strumento migliore (più proporzionato), e non è dimostrato che le associazioni temporanee di imprese garantiscano più efficacemente le piccole e medie imprese.

Infine, impedire la qualificazione attraverso i lavori subappaltati è ingiustificatamente incoerente con il ruolo di responsabilità (finanziaria, esecutiva e finanche sociale) affidato all'appaltatore nella filiera.

Riteniamo pertanto prioritario, rispetto a qualunque altra modifica, prevedere:

- 1. la rimozione dell'indicazione della terna dei subappaltatori in gara;*
- 2. il ripristino della disciplina previgente in materia di utilizzo in esecuzione (previsione del limite del 30% relativo solo ai lavori della categoria prevalente) e in qualificazione (attraverso la reintroduzione del c.d. premio di coordinamento);*

3. la limitazione del pagamento diretto della PA ai subappaltatori, oggi praticamente indiscriminato, ai casi di inadempimento o specificamente previsti nel bando in relazione alla natura della prestazione);

4. l'eliminazione, tra le clausole di esclusione, delle irregolarità relative al subappaltatore.

Riteniamo invece corretta l'impossibilità di affidare subappalti ad imprese che hanno partecipato alla gara: una misura positivamente pro-concorrenziale.

Articolo 110

Fallimento in corso di esecuzione

Coordinamento con la disciplina prevista dalla legge fallimentare e le regole della fase esecutiva dell'appalto

Nessuna osservazione

Articolo 113

Incentivi

Disciplina degli incentivi anche con riferimento alle attività incentivabili

Nessuna osservazione

Articolo 174, commi 2 e 3

Subappalto nelle concessioni

Casi di indicazione, da parte delle imprese offerenti, di una terna di subappaltatori e verifica dei motivi di esclusioni con riferimento agli stessi.

Si propone la soppressione dell'indicazione della terna in gara, in analogia a quanto proposto all'articolo 105.

Articolo 177

Affidamenti dei concessionari – limiti

Disciplina dell'affidamento a terzi da parte dei concessionari in caso di concessioni non affidate con procedure ad evidenza pubblica (80-20% e 60-40% per le concessioni autostradali)

Ambito e limiti di applicazione

Il settore delle concessioni autostradali risulta contraddistinto da una diffusa assenza del confronto concorrenziale, che rappresenta un vulnus dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza, dal momento che la quasi totalità delle concessioni in essere sono state affidate e/o prorogate senza gara. Il principio comunitario obbligherebbe tutti coloro che hanno ottenuto concessioni senza gara, così come proroghe - come nella stragrande maggioranza delle concessioni autostradali in Italia - ad affidare a terzi il 100% dei lavori di propria competenza.

L'obbligo di esternalizzare l'80% dei lavori per i concessionari che abbiano acquisito la concessione senza una gara rappresenta il massimo compromesso accettabile.

Non è quindi condivisibile che, per i concessionari autostradali, la Legge di Bilancio 2018 abbia ridotto la quota dei lavori da esternalizzare al 60%.

Ciò posto, a prescindere dalle suddette percentuali, si rende necessario rafforzare i poteri di controllo da parte dei soggetti pubblici preposti (in primis, ANAC), possibilmente anche attraverso il coinvolgimento delle associazioni maggiormente rappresentative degli operatori coinvolti, assicurando

altresì adeguata modalità di post-informazione sull'esito di tali controlli (su sito ANAC – MIT o altro mezzo di informazione). È, altresì, imprescindibile, garantire controlli effettivi, qualità dei prezzi e qualità del capitolato speciale d'appalto.

Articolo 196, commi 3 e 4

Albo dei direttori di lavori e dei collaudatori per affidamenti a contraente generale

Ricorso obbligatorio a soggetti iscritti in apposito Albo per lo svolgimento dei compiti di direttore dei lavori e di collaudatore in caso di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale.

Sorteggio e provenienza.

Nessuna osservazione

Articolo 204, comma 1, lett. b) e d)

Rito c.d. super speciale - Impugnazione immediata delle ammissioni alla procedura di gara (Modifiche all'articolo 120, commi 2-bis e 6-bis, del codice del processo amministrativo)

1) ricorso al rito super accelerato per impugnare i provvedimenti di esclusione e di ammissione alla gara;
2) obbligo di immediata impugnazione delle ammissioni, con effetto preclusivo di successive impugnazioni nelle fasi successive.

Si vedano in merito le osservazioni agli articoli 80 e 211.

Articolo 211, comma 1

Pareri di precontenzioso

Disciplina dei pareri di precontenzioso

Tempi

Rafforzamento del ruolo dell'Anac

Effetto deflattivo

Potere di impugnativa

Il D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 reca la disciplina della funzione “precontenziosa” dell’ANAC, diretta alla composizione e alla prevenzione delle controversie in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici. La stessa disposizione, poi, statuisce la proponibilità del ricorso giurisdizionale avverso le determinazioni conclusive del precontenzioso, “ai sensi dell’art. 120 del C.P.A.”, chiarendo quindi che i rimedi previsti dall’art. 211 non sono, in realtà, alternativi alla tutela giurisdizionale.

Il ché, oltre a non risultare del tutto in linea con la finalità deflattiva del contenzioso che l’istituto, tra l’altro, mira a realizzare, produce l’effetto di consentire l’accesso alla tutela giudiziale in ordine a profili per i quali sarebbero spirati i termini decadenziali previsti nel codice del processo amministrativo. Basti pensare, in proposito, agli stringenti termini sanciti dall’art. 120 del C.P.A. a per le ipotesi ricadenti nel cd rito super accelerato. Con buona pace delle istanze acceleratorie dei termini di impugnazione e di definizione delle controversie che l’impianto processualistico intende perseguire.

Le considerazioni che precedono inducono a porre in evidenza l’esigenza pratica di un raccordo della disciplina dei rimedi ex art 211 con la normativa processualistica, soprattutto con riferimento ai termini di attivazione dell’iniziativa e di conclusione del procedimento.

Articolo 213

Soft law e linee guida ANAC

Semplificazione delle disposizioni attuative del codice, con particolare riferimento alla natura e alla vincolatività degli stessi

La natura e struttura dei provvedimenti di attuazione del Codice (DPCM, DM, Linee Guida vincolanti e non), è uno dei problemi più rilevanti evidenziati da questi primi due anni di applicazione ed è legato alla loro numerosità nonché alla natura giuridica.

Sessanta provvedimenti che, per essere adottati e modificati, devono compiere un processo molto articolato tra diversi organi dello stato (consultazione, proposta, verifica del Consiglio di Stato, parere delle Commissioni Parlamentari e di altri organi tecnici) non rappresentano quello snellimento e quella semplificazione che il superamento del Regolamento Unico di esecuzione, attraverso la c.d. soft law, prefigurava.

Inoltre, tale complessità ha evidenziato i rischi che i funzionari pubblici corrono nel loro quotidiano lavoro di interpretazione delle norme.

Occorre pertanto ricondurre ad un livello adeguato di unitarietà gli strumenti attuativi (operativi per imprese e soprattutto stazioni appaltanti) e superare anche la discrasia sulla loro diversa coerenza normativa, anche attraverso un ritorno ad un regolamento unico di esecuzione.

Occorre inoltre evitare che si concentri in un unico soggetto (ANAC) il potere normativo, regolatorio e quello di vigilanza, penalizzando in tal modo anche l'efficienza del suo funzionamento.

ANAC dovrebbe concentrarsi in particole sugli ultimi due, conferendo a quel punto alle sue linee guida potere di esonero dalla responsabilità amministrativa e contabile per colpa grave per i pubblici funzionari che abbiano agito in applicazione delle stesse.

ULTERIORI TEMI

Articolo 36 comma 6

Opere a scomputo

La previsione della procedura ordinaria per la realizzazione delle opere di urbanizzazione sopra un milione/€ e fino alla soglia comunitaria (attualmente pari a 5.548.000/€) espone i privati titolari di permessi di costruire ad un livello di complessità procedurale difficilmente gestibile, con pesanti conseguenze anche sul piano della tempistica di completamento dell'intervento edilizio.

Per tutte le opere di urbanizzazione a scomputo sotto soglia (art. 36, comma 3 nuovo codice) è necessario che venga ripristinato il sistema previsto dell'art. 122, comma 8 del D.lgs. 163/2006 che aveva avuto un buon esito e cioè la procedura negoziata senza bando, con invito di cinque operatori. Deve comunque restare confermata per le opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire (art. 16, comma 2 bis, DPR 380/2001).

Art. 48, comma 5

Responsabilità solidale delle ATI verso terzi

È necessario eliminare la responsabilità solidale "a valle" verso i terzi contraenti nell'ambito dei raggruppamenti temporanei di imprese, trattandosi di un ingiustificato aggravio per i soggetti associati, soprattutto nei casi di difficoltà economica di uno di essi, che rischia di ripercuotersi sulle altre imprese raggruppate. La responsabilità solidale dei componenti dell'ATI dovrebbe essere prevista solo nei

confronti della stazione appaltante. D'altra parte, le imprese raggruppate mantengono la propria autonomia finanziaria, organizzativa e gestionale.

Articolo 53

Accesso agli atti

Si ritiene necessario il ritorno alla previgente normativa (art.79 comma 5-quater del d.lgs. 163/06), che contemplava un accesso speciale riservato alle gare d'appalto, contrariamente all'attuale disciplina (comma 1) che rimanda alla normativa generale, col risultato di affievolire la conoscibilità dell'operato delle amministrazioni aggiudicatrici e ostacolare la tutela in giudizio.

Tutto ciò anche in attuazione anche di una univoca giurisprudenza sul punto, laddove afferma la soccombenza del diritto di protezione dei segreti industriali rispetto a quello di tutela in giudizio delle proprie ragioni; per questo motivo, sarebbe opportuno anche sopprimere esplicitamente la notifica al controinteressato, sul presupposto che ogni concorrente deve avere consapevolezza che la propria offerta sarà sempre e comunque integralmente ostensibili a chi abbia un interesse qualificato, fatto naturalmente l'uso improprio successivo, che troverebbe protezione in altri presidi normativi.

Inoltre, il combinato disposto dei commi 5 lett. a) e 6, malgrado stabilisca esplicitamente la prevalenza del diritto di accesso su quello alla riservatezza, nella prassi viene purtroppo disapplicato dalle amministrazioni le quali di fatto continuano ad applicare il regolamento nella parte in cui viene fatta la notifica al controinteressato, il cui diniego viene inquadrato esclusivamente nell'alveo del comma 5 lett. a) senza tenere conto del comma 6. In assenza di opportuni rimedi e conseguenze, ciò produce di fatto una indebita compressione del diritto d'accesso, per cui occorrerebbe riformulare il comma 5, lett. a), sopprimendo al contempo il comma 6.

Articolo 108

Eccezione di inadempimento

Individuazione di una soglia presupposto di mancati pagamenti (15%) da parte della stazione appaltante, che consenta, fatti salvi gli interessi moratori e la possibilità di sollevare l'eccezione di inadempimento, di avviare la risoluzione contrattuale.

Articoli 194, 195, 198

Contraente Generale

Occorre modificare, al fine di rendere realmente utilizzabile lo strumento, alcune disposizioni riguardanti il contraente generale e in particolare:

- 1. specificare che il contraente generale provvede alla realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera affidata tramite appalto (articolo 194, comma 1);*
- 2. eliminare la necessità che il corrispettivo venga pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori (articolo 194, commi 15, 16, 17);*
- 3. eliminare l'obbligo di prefinanziamento, in tutto o in parte dell'opera, in capo al contraente generale (articolo 194, comma 2, 195, comma 4 e 198, comma 1).*

Articolo 202

Procedure – CIPE

Le ultime due Leggi di Bilancio hanno destinato consistenti risorse a disposizione della realizzazione di infrastrutture per il Paese e una loro più rapida trasformazione in cantieri favorirebbe anche una più

veloce uscita dalla crisi, che vede proprio il settore delle costruzioni assente dai segnali di ripresa del PIL.

Per agevolare tale trasformazione, ci sono misure a costo zero per la finanza pubblica che ridurrebbero fortemente i tempi di realizzazione delle opere pubbliche e che consistono nella soppressione di passaggi autorizzatori non necessari, duplicazioni e ritardi realizzabili:

- 1. Coordinando meglio il ruolo dei Ministeri e del CIPE;*
- 2. Evitando le duplicazioni nell'intervento della Corte dei Conti;*
- 3. Rivedendo il ruolo del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.*

Articoli 205, 207, 209

Contenzioso

Negli ultimi anni sono state approvate misure di contenimento del contenzioso negli appalti quali:

- 1. il c.d. rito super accelerato per gli appalti che prevede l'obbligo di impugnare il provvedimento di ammissione (altrui) o di esclusione (propria) entro 30 gg dalla pubblicazione da parte del committente;*
- 2. l'incremento dei costi dei ricorsi;*
- 3. le penalizzazioni collegate alla condanna per lite temeraria.*

Gli effetti deflattivi di tali misure, soprattutto in relazione all'affidamento, sono stati evidenziati dall'analisi di impatto svolta dal Consiglio di Stato.

Occorrerebbe ora provare a individuare strumenti di maggior collaborazione tra committente e impresa in fase di esecuzione che possano invece contribuire alla riduzione del futuro contenzioso, molto pesante in tale fase.

La reintroduzione del collegio consultivo tecnico (ex articolo 207), figura mutuata dalla disciplina internazionale FiDiC e troppo velocemente accantonata dal nostro legislatore, sarebbe un primo importante passo in tale direzione.

Inoltre, occorre revisionare l'articolo 209 sull'arbitrato per rendere tale strumento utilizzabile, anche rafforzando il ruolo dell'ANAC in merito alla composizione del collegio.

Infine, occorre procedere all'eliminazione della norma che limita la possibilità di iscrivere riserve su aspetti progettuali validati, non potendo l'appaltatore scontare gli effetti di eventuali errori progettuali (art. 205, comma 1).

Proposta sulla Governance dei servizi.

I contratti pubblici di servizi, pur costituendo la parte preponderante dei contratti pubblici, superando i contratti di lavori in termini di numero di procedure e volume di affidamenti (circa 59,4 miliardi di euro per i servizi a fronte di 23,1 miliardi per i lavori), non hanno sinora ricevuto un'attenzione adeguata, sia sul piano normativo, in quanto il Codice dei contratti pubblici è scritto "pensando" agli appalti/concessioni di lavori, sia sul piano delle politiche pubbliche. Eppure l'industria dei servizi ha una rilevanza strategica per l'economia nazionale, per lo sviluppo del Paese, sia perché in grado di portare innovazione e qualità, sia per l'entità e il numero delle imprese attive che operano nel settore e del personale addetto; occorre pertanto una maggiore "visibilità" di questo settore dei contratti pubblici, che deve avere nelle politiche di Governo uno spazio adeguato alla sua importanza, con una rappresentanza stabile nelle istituzioni che si faccia carico delle strategie da attuare e delle problematiche da risolvere. Si propone di dare visibilità e attenzione al settore, con una politica nazionale che permetta una definizione degli obiettivi, individuando un piano nazionale di contratti pubblici di servizi strategici e una *governance* che preveda un referente di Governo (presso il MIT o la Presidenza del Consiglio) dedicato ai servizi che istituisca un luogo di confronto stabile tra gli operatori, il decisore politico, le centrali di committenza e l'ANAC, e definisca e coordini la politica nazionale e le politiche di acquisto.

Responsabilità dei pubblici funzionari

A fronte di un controllo della Corte dei Conti serio e rigoroso, ci devono essere, necessariamente, delle regole chiare e certe, che permettano ai funzionari pubblici di agire nella piena consapevolezza delle loro prerogative.

Soltanto il verificarsi di tali condizioni può fare in modo che i dipendenti pubblici siano incentivati ad una politica del fare.

Occorre quindi introdurre delle misure che escludano la responsabilità erariale dei dipendenti pubblici per colpa grave nel momento in cui gli stessi agiscano in conformità a sentenze, anche non definitive, pronunciate con riferimento al caso specifico o ad orientamenti giurisprudenziali consolidati; lo stesso deve avvenire nell'ipotesi in cui i dipendenti operino in conformità alle indicazioni/raccomandazioni date dall'ANAC, nei diversi provvedimenti che possono essere adottati dalla stessa nell'esercizio delle sue funzioni.

Alle stesse condizioni, deve essere altresì escluso il reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) e, conseguentemente, la responsabilità civile dell'interessato in tal caso (salvo cioè che non consegua da altro reato).