

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

1. Problema costituzionale

L'art. 4 del Codice ha accolto molte posizioni che l'Ance da tempo sostiene nell'ottica di una corretta razionalizzazione e suddivisione di competenze legislative tra Stato e Regioni.

In particolare è stabilito che le Regioni non possono prevedere una disciplina diversa da quella del Codice, sia in materia di qualificazione e gare, sia in materia di esecuzione dei contratti e contenzioso; ciò in quanto le procedure di affidamento vanno ricondotte alla nozione di "tutela della concorrenza" ed i rapporti connessi all'esecuzione del contratto alla nozione di "ordinamento civile", entrambi rientranti nella competenza statale.

Vengono fatte rientrare, invece, nella competenza concorrente delle Regioni (in base alla quale queste possono legiferare, ma nel rispetto dei principi fondamentali del Codice) le materie della programmazione, dell'approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, dell'organizzazione amministrativa degli enti e dei soggetti preposti ai compiti e controlli inerenti la realizzazione delle opere, delle attribuzioni del responsabile del procedimento, della sicurezza del lavoro.

Si tratta di un risultato importante, in quanto, nel recente passato, si era determinata una situazione di accentuata confusione di ruoli, considerato che varie regioni ritenevano di poter incisivamente legiferare anche in materia di procedure di gara ed esecuzione del contratto.

La nuova normativa dovrebbe costituire un punto definitivo sulla delimitazione delle competenze, con il risultato assai positivo di attribuire alla competenza statale materie, quali le procedure di gara e l'esecuzione del contratto, che non possono non avere una disciplina omogenea su tutto il territorio nazionale.

2. Approvazione delle gare

Nell'ottica della semplificazione perseguita dall'Ance, è stato stabilito, all'art. 12, che le amministrazioni debbano prevedere un termine per l'approvazione dell'aggiudicazione e che, in assenza di tale determinazione, detto termine è pari ipso iure a trenta giorni.

Di particolare rilievo è la disposizione secondo cui, decorso inutilmente detto termine, ha luogo una forma di silenzio-assenso, nel senso che l'aggiudicazione si intende tacitamente approvata.

Gli effetti della disposizione saranno assai significativi, in quanto eviteranno i casi, non di rado intervenuti in passato, nei quali l'approvazione dell'aggiudicazione aveva luogo in tempi estremamente prolungati e, comunque, senza alcuna certezza per l'appaltatore.

3. Opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione

Su tale punto l'Ance ha ottenuto rilevanti risultati sul piano pratico della semplificazione ed accelerazione degli interventi, considerati i limiti imposti dall'Unione Europea, dopo le note Sentenze della Corte di Giustizia.

Le due disposizioni che disciplinano le opere a scomputo sono l'art. 122, comma 8 e l'art. 32, comma 1, lett. g).

In base alla prima di dette norme, relativamente alle opere sotto soglia, il titolare del permesso a costruire ha facoltà di eseguire direttamente le opere di urbanizzazione primarie correlate al singolo intervento assentito.

La portata semplificatrice di tale norma non può sfuggire a tutti gli operatori del settore, considerato che il paventato obbligo di dover appaltare a terzi le opere di urbanizzazione primaria avrebbe determinato lungaggini, disfunzioni operative ed organizzative e confusioni di ruoli.

Sul punto l'Ance ha sostenuto (con successo) che tale soluzione non soltanto risultava necessaria sul piano dell'opportunità, ma era anche corretta giuridicamente proprio perché si ispirava al principio comunitario (art. 31, punto 1, lett. b, direttiva n. 2004/18) che consente l'affidamento diretto all'esecutore dei lavori principali nei casi in cui per ragioni di natura tecnica l'appalto ulteriore (nel nostro caso le opere di urbanizzazione) possa esser affidato unicamente ad un operatore determinato.

Per quanto concerne, invece, le opere di urbanizzazione primaria e secondaria sopra soglia e quelle secondarie sotto soglia, la netta presa di posizione dell'Unione europea ha determinato per l'Ance l'esigenza di battersi per una soluzione che contemperasse la tutela della concorrenza con la possibilità del titolare del permesso a costruire di eseguire direttamente dette opere. In tal senso l'art. 32, comma 1, lett. g) ha previsto una procedura modellata sulla falsariga del project financing, in base alla quale il titolare del permesso a costruire assume veste di promotore, elabora la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione, indice una gara sulla base di questa e successivamente ha facoltà di esercitare il diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, corrispondendogli il valore del 3% dell'ammontare dell'appalto ed assumendo, in tal caso, il diritto ad eseguire dette opere.

4. Avvalimento

Gli artt. 49 e 50 hanno recepito un istituto del tutto nuovo, previsto dagli artt. 47 e 52 della direttiva 2004/18/CE generalmente denominato "avvalimento".

Vengono previste due forme di avvalimento:

- a) in occasione di ogni singola gara;
- b) in sede di qualificazione Soa.

Si ricorda che tale istituto, introdotto dagli articoli 47, comma 2 e 48, comma 3 della direttiva 2004/18/CE, consiste nel principio secondo cui un imprenditore ha facoltà, nella partecipazione ad una gara di appalto, di fare affidamento sulla capacità economica e tecnica di altro imprenditore, alla condizione che dimostri all'ente appaltante che disporrà in concreto di dette capacità, dandone prova attraverso, per esempio, la presentazione di un impegno, da parte dell'impresa di cui il concorrente intende avvalersi, di mettere tali capacità a disposizione dell'impresa concorrente.

Tale disposizione riguarda le ipotesi dei requisiti da dimostrare in occasione della singola gara (attestazione Soa, ovvero l'ulteriore requisito della cifra di affari da richiedere per gli appalti di importo superiore a 20.658.276 euro ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. n. 34/2000).

Il successivo articolo 52, comma 1, punto 3, si occupa, invece, dei requisiti da dimostrare per ottenere la certificazione di qualificazione da parte di organismi pubblici o privati (nel nostro ordinamento è il caso dell'attestazione Soa).

Anche in tale ipotesi, l'impresa che chiede l'attestazione può avvalersi dei requisiti di altra impresa, ma alle seguenti condizioni:

1. che sia l'impresa "avvalente" sia l'impresa "avvalsa" facciano parte dello stesso gruppo;
2. che l'impresa "avvalente" dia prova all'autorità o all'organismo di certificazione che disporrà in concreto dei requisiti di idoneità dell'impresa "avvalsa";
3. che tale prova di disponibilità sia data per l'intera durata di validità della certificazione;
4. che il possesso dei requisiti dell'impresa "avvalsa" permanga per tutta la durata di validità della certificazione.

In tutta la fase di elaborazione del Codice l'Ance, nell'ottica dell'esigenza di tutela dell'interesse generale di tutti i suoi associati, ha focalizzato la sua attenzione sui possibili abusi cui tale figura avrebbe potuto dar luogo se pedissequamente ripresa dalle direttive comunitarie, il cui contenuto non risultava, in verità, particolarmente preciso e puntuale.

L'azione dell'Ance è valsa, perciò, ad attuare la previsione della responsabilità solidale dell'avvalso con l'avvalente in entrambe le forme di avvalimento; non sfuggirà che tale risultato è di tutto rilievo, considerato che di fatto viene preconstituito un forte deterrente a possibili avvalimenti di favore, a seguito degli effetti che, sul piano civilistico della responsabilità, la concessione dei propri requisiti ad altro imprenditore viene a determinare.

5. Sostanziale liberalizzazione dell'appalto avente ad oggetto progettazione ed esecuzione

L'art. 53, al comma 2, prevede tre forme di appalto e cioè:

- a) quelli aventi ad oggetto la sola esecuzione dei lavori,
- b) quelli aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione (nel sistema della Legge Merloni definiti "appalti integrati");
- c) quelli aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, sulla base del progetto definitivo presentato dal concorrente in sede di offerta (nel sistema della Legge Merloni definiti "appalti concorso").

Relativamente alle predette procedure di cui ai punti b) e c), comprendenti attività progettuali da parte delle imprese, l'Ance si è espressa in tutte le sedi competenti nel senso dell'esigenza di una loro sostanziale liberalizzazione, proprio per la finalità di consentire in modo ampio alle amministrazioni di avvalersi dell'apporto progettuale degli esecutori dei

lavori, anche in ragione della loro naturale attitudine a stare al passo con i continui progressi ed innovazioni tecnologici.

Infatti, come si ricorderà, nel sistema della Legge Merloni (in particolare artt. 19 e 20) tali forme di appalto erano circoscritte a casi specifici ed in particolare ai lavori con elevata componente impiantistica e tecnologica.

Tale restrizione all'art. 53 del nuovo Codice risulta eliminata e sostituita dal più blando onere per l'amministrazione di motivare nella delibera a contrattare le ragioni del ricorso alle tipologie di appalto in argomento in rapporto alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche del caso specifico.

Come si vede, quindi, l'amministrazione ha sì l'obbligo di motivare, ma laddove ricorrano particolari esigenze può adottare il metodo del "progettare ed eseguire" per qualsiasi tipologia di opere purchè sussistano ragionevoli motivazioni di ordine tecnico-economico.

6. Liberalizzazione della scelta tra appalti a corpo e a misura

La Legge Merloni, all'art. 19, privilegiava l'adozione del sistema dell'appalto a corpo rispetto a quello a misura, indirizzando le scelte delle amministrazioni verso la prima di dette tipologie.

Ciò risultava improprio, considerati da un canto i margini di incertezza cui dà luogo l'appalto a corpo e, dall'altro, i profili di trasparenza connaturati all'appalto a misura.

In aderenza a tali proposizioni, l'art. 53, comma 4 di fatto liberalizza la scelta da parte delle amministrazioni tra appalto a corpo e a misura, restituendo a questa seconda forma la possibilità di una sua vasta applicazione, conformemente alle esigenze di certezza e trasparenza corrispondenti agli interessi sia dell'amministrazione, sia dell'appaltatore.

7. Procedure ristrette

La direttiva comunitaria prevedeva che le amministrazioni potessero, senza particolari limitazioni, attuare le c.d. procedure ristrette, definendo le stesse quelle nelle quali possano concorrere soltanto i soggetti invitati dall'amministrazione.

Tale disposizione ed il suo possibile recepimento senza correttivi preoccupava notevolmente l'Ance, sia per le possibili discriminazioni cui poteva dar luogo, sia perché la stessa disposizione si poneva in contrasto con il nostro principio giurisprudenziale secondo cui tutte le imprese in possesso dei requisiti necessari possono presentare offerta e perciò partecipare anche alle procedure ristrette.

Sul punto, l'Ance ha manifestato, con estrema decisione, nelle sedi competenti, tutte le sue perplessità in ordine alla possibilità, per le amministrazioni, di non invitare alla gara soggetti comunque in possesso della necessaria idoneità.

Tale posizione è stata condivisa e recepita nel Codice, che all'articolo 55, comma 6, stabilisce che debbano essere invitate tutte le imprese che ne abbiano fatto richiesta e che siano in

possesso dei requisiti di idoneità prescritti, salvo che l'amministrazione non ricorra alla forcilla nei limiti previsti dall'art. 62 (di cui si dirà di seguito).

In tal modo, dunque, risulta annullata qualsiasi discrezionalità amministrativa relativamente ai soggetti da invitare alle procedure ristrette.

8. Forcilla

L'art. 62 prevede che le amministrazioni possano stabilire nel bando di gara il numero minimo e massimo dei soggetti da invitare.

Anche su tale disposizione l'Ance è intervenuta nelle sedi competenti evidenziando i rischi cui può condurre una disciplina che, prevedendo il numero massimo dei soggetti da invitare, escluda dal comparto concorrenziale soggetti in possesso dei requisiti richiesti.

Tali posizioni sono state sostanzialmente accolte e nel nuovo testo approvato dal Consiglio dei Ministri è stabilito che, relativamente alle procedure ristrette:

- a) la forcilla può trovare applicazione soltanto per lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di Euro;
- b) la forcilla può trovare applicazione soltanto nei casi di particolare difficoltà o complessità dell'opera;
- c) l'amministrazione deve indicare nel bando i criteri oggettivi, a carattere non discriminatorio, per selezionare i concorrenti. Tali criteri devono essere pertinenti all'oggetto del contratto;
- d) il numero minimo dei soggetti da invitare per gli appalti superiori ai 40 milioni deve essere di 20 imprese; con tale prescrizione, di fatto, i rischi connessi all'istituto della forcilla vengono fortemente ridotti, visto che il numero minimo di 20 imprese comunque assicura un'adeguata concorrenza.

9. Liberalizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Nel sistema della Legge Merloni (art. 21) il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e cioè fondato su una pluralità di elementi tecnici ed economici) era consentito soltanto per particolari tipologie di appalti (quelli ad elevata componente tecnologica ovvero di particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali).

L'Ance, conformemente a quanto sin qui esposto, ha sempre evidenziato l'opportunità di ampliare la discrezionalità amministrativa, estendendo la possibilità di adottare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche oltre le anguste ipotesi della Legge Merloni.

Ciò ha trovato accoglimento all'art. 81, laddove, con formulazione ampia, viene rimessa alla stazione appaltante la scelta del criterio di aggiudicazione ritenuto "più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto".

10. Offerte anomale

Dopo ampio dibattito l'Ance aveva ritenuto di prendere posizione nel senso della abrogazione, in un ragionevole lasso di tempo, del sistema dell'esclusione automatica per gli appalti sotto soglia e dell'estensione a questi del sistema della verifica in contraddittorio delle offerte anomale.

Su tali presupposti, l'azione dell'Ance ha perciò sostanzialmente condiviso la linea di mediazione adottata dal Governo che, all'art. 122, comma 9, ha stabilito il criterio dell'esclusione automatica come scelta facoltativa delle stazioni appaltanti in occasione di ciascuna gara.

In altri termini, se l'amministrazione prevede nel bando il criterio dell'esclusione automatica, deve poi rigorosamente attuarlo; mentre, qualora nulla preveda, deve attuare il criterio generale della valutazione delle offerte sospette di anomalia sulla base delle giustificazioni presentate dai concorrenti.

Un punto su cui l'Ance ha insistito in modo deciso, nell'ottica di una maggiore serietà del procedimento di gara e di una maggiore attenzione dei concorrenti nella formulazione dell'offerta, è stata quella della previsione dell'obbligo di corredare le offerte con le necessarie giustificazioni.

Tale richiesta ha trovato accoglimento nell'art. 86, comma 5 e nell'art. 112, comma 9, secondo i quali per gli appalti sopra soglia e per quelli sotto soglia non soggetti ad esclusione automatica, le offerte devono essere corredate dalle giustificazioni relative alle voci inerenti l'intero importo dell'appalto.

11. Dialogo competitivo

Il dialogo competitivo, disciplinato dall'art. 58 del Codice, è sostanzialmente una forma di gara nella quale l'amministrazione ha un ruolo attivo, in quanto attraverso fasi successive indirizza i concorrenti verso le soluzioni più adatte a soddisfare le sue necessità.

Tale forma di appalto è stata ritenuta dall'Ance a carattere del tutto eccezionale e residuale in quanto la regola generale è che l'amministrazione sia in condizione di valutare appieno il modo di realizzare il pubblico interesse, procedendo allo studio di fattibilità ed eventualmente alle successive fasi di progettazione.

Tale posizione risulta recepita nell'art. 58 del Codice che limita l'applicabilità del dialogo competitivo agli appalti particolarmente complessi, definendo questi ultimi come quelli relativamente ai quali la stazione appaltante non dispone per fatti oggettivi, ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche.

Di fatto, così, il dialogo competitivo viene circoscritto ad ipotesi di elevatissima complessità, per i quali l'apporto creativo e progettuale dei concorrenti è indispensabile fin dalla fase ideativa dell'intervento.

Inoltre, lo stesso art. 58 stabilisce che la delibera a contrattare dell'amministrazione contenga una specifica motivazione che dia conto della sussistenza nel caso specifico dei predetti requisiti e ciò costituisce un significativo strumento di controllo in ordine alla logicità e razionalità delle scelte dell'amministrazione.

12. Accordi Quadro

Questo sistema di gara tende a selezionare un certo numero di imprese con le quali l'ente appaltante stipulerà contratti di appalto da eseguire in un determinato periodo (fino a 4 anni).

La posizione dell'Ance è stata mirata a circoscrivere la possibilità di applicazione di tale figura per gli effetti limitativi di questa sulla concorrenza.

Il Codice ha in larga parte accolto tali richieste, in quanto ha circoscritto la possibilità di applicazione degli accordi quadro ai lavori di manutenzione e ad altri lavori connotati da requisiti di serialità e cioè ripetitività nel tempo della stessa prestazione, da prevedersi nel regolamento di attuazione.

13. Aste elettroniche

L'Ance, nelle sedi competenti, ha espresso tutte le sue perplessità su tale sistema in ragione della eventualità di rilanci a catena e perciò di ribassi particolarmente elevati. Ha quindi richiesto l'introduzione di limitazioni che in qualche modo contenessero tale fenomeno, peraltro già dimostratosi foriero di ribassi temerari nelle esperienze degli enti che in passato già hanno utilizzato l'asta elettronica.

Le richieste formulate sono state sostanzialmente accolte, in quanto, al comma 10 dell'art. 85 del Codice è stato stabilito che il bando deve prevedere la data e l'ora di chiusura dell'asta, allo scadere della quale la stessa va considerata conclusa senza possibilità alcuna di ribassi ulteriori.

Si è così limitata la possibilità di rilanci progressivi.