

Senato della Repubblica

Commissioni 8^a lavori pubblici, comunicazioni e 13^a territorio, ambiente, beni ambientali

Audizione dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dinanzi agli Uffici di Presidenza integrati dai rappresentanti dei Gruppi parlamentari nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1413 (decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47 - Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015)

Intervento del Presidente Sergio Santoro

Senato della Repubblica

Mercoledì 16 aprile 2014

Misure relative alla qualificazione

Art. 12

L'art. 12 della proposta di legge di conversione del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47 reca disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici a seguito del D.P.R. 30 ottobre 2013 che, alla luce del Parere n. 3014 del 26 giugno 2013 del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica promosso dall'AGI, ha annullato le disposizioni di cui agli artt. 107, comma 2 e 109, comma 2 del richiamato Regolamento.

La disposizione in esame prevede che nelle more dell'emanazione, ai sensi dell'art. 5, comma 4, del Codice dei Contratti, delle previsioni regolamentari sostitutive delle disposizioni di cui agli artt. 107, comma 2 e 109, comma 2 del D.P.R. n. 207/2010¹ vengano individuate, entro trenta giorni, con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti le categorie di lavorazioni per le quali, in ragione dell'assoluta specificità (rilevante complessità tecnica o notevole contenuto tecnologico) è richiesto che l'esecuzione avvenga da parte di operatori economici in possesso di specifica qualificazione, nonché le categorie di lavorazioni, tra le predette, per le quali trova applicazione l'art. 37, comma 11 del Codice².

La previsione è espressamente finalizzata a garantire la stabilità del mercato dei lavori pubblici nelle more dell'emanazione della nuova disciplina di riferimento e in considerazione del vuoto normativo di fatto originatosi a seguito del richiamato parere del Consiglio di Stato e del connesso D.P.R..

Il Consiglio di Stato ha, infatti, accolto il ricorso con riferimento all'impugnazione degli artt. 107, comma 2 e 109 comma 2 del Regolamento ritenendo che rispetto al principio generale espresso dallo stesso art. 109, comma 1 del D.P.R. n. 207/2010 che sancisce la regola secondo cui l'affidatario dei lavori in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, anche qualora sia privo delle relative qualificazioni gli articoli 109, comma 2 e 107, comma 2, introducano deroghe non puntuali né giustificate, alterando il rapporto tra categorie a

¹ Emanazione prevista entro nove mesi dall'entrata in vigore del decreto legge ora in fase di conversione entro il 29 settembre 2014.

² Si tratta della norma che dispone che le ATI e i consorzi ordinari non siano in grado di realizzare componenti di notevole contenuto tecnologico o complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, che superino in valore il 15% dell'importo totale dei lavori possano ricorrere al subappalto.

qualificazione obbligatoria (non realizzabili direttamente dall'affidatario se non in possesso della relativa qualificazione) e tutte le altre, rapporto che, sempre secondo il parere del Consiglio di Stato sarebbe di 46 su 52 categorie complessivamente indicate dalla Tabella dell'allegato A al D.P.R. n. 207/2010, e cioè di oltre l'88%. Il Consiglio di Stato ha ritenuto, inoltre, che molte delle categorie specializzate indicate nell'allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria siano in concreto prive di connotati di particolare "specialità", circostanza che contribuirebbe ulteriormente a rendere il sistema contraddittorio ed illogico.

È alla luce di queste indicazioni che il Legislatore dovrà orientarsi non solo nella definizione del nuovo assetto normativo, ma anche nell'emanazione delle disposizioni transitorie.

Al riguardo l'Autorità ritiene che premessa indefettibile per il buon esito di una simile operazione è la profonda comprensione dell'assetto normativo delineato originariamente dal Legislatore e delle sue finalità.

Occorre premettere, pertanto, che la stessa lettera del comma 1 dell'art. 109 del Regolamento, invocato dal Consiglio di Stato come sede del principio di carattere generale che si assume "alterato", contiene tuttavia in sé un espresso rinvio alla successiva eccezione del comma 2. In questi termini, pertanto, essendo l'eccezione (qualificazione obbligatoria³) richiamata dallo stesso comma che contiene la regola generale (esecuzione da parte dell'affidatario⁴), non si pone, quantomeno in termini generali, un'effettiva questione di stravolgimento dell'equilibrio tra due opposte esigenze⁵, essendo entrambe specificamente contemplate nell'originario disegno del legislatore.

Inoltre si ritiene che considerare "obbligatori" – come fa il parere del Consiglio di Stato - il ricorso al subappalto nelle ipotesi di cui all'art. 109, comma 2 e la costituzione di ATI nell'ipotesi di cui all'art. 107, comma 2, trascuri il fatto che si tratta, invece, di scelte obbligate solo se l'impresa di costruzioni non è in possesso della qualificazione per le categorie speciali o specialistiche di volta in volta richieste e che le grandi imprese sono per

³ Più nello specifico non possono essere eseguite dall'affidatario in possesso della sola categoria prevalente, se privo delle adeguate qualificazioni, le lavorazioni di importo superiore a 150.000 euro relative a categorie di opere generali e a categorie a qualificazione obbligatoria.

⁴ Più nello specifico l'impresa affidataria in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali o di opere specializzate indicata come prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro.

⁵ Consentire, da un lato, all'impresa affidataria di svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari all'intervento principale e imporre, dall'altro, il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi che richiedono competenze particolari.

la maggior parte già in possesso di tali categorie, come si evince dagli attestati di qualificazione presenti nel Casellario (All. 1) presso l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

Fatte tali doverose premesse, si ritiene, tuttavia, pienamente condivisibile l'esigenza di rivedere la definizione delle categorie specializzate indicate nell'allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria, al fine di individuare ed espungere quelle che all'esito di una adeguata analisi si rilevino in concreto prive di connotati di particolare "specialità". Ciò, però, tenendo in debita considerazione che corrisponde ad una coerente rappresentazione delle reali esigenze del mercato ritenere che le categorie specializzate, pure eventualmente individuate come categorie a qualificazione obbligatoria, rappresentino un numero maggiore delle categorie di opere generali, in quanto i profili di specialità nella realizzazione di opere e lavorazioni sono tendenzialmente prevalenti. L'assunto è confermato anche dalla semplice osservazione dell'articolazione delle CPV in sede europea: basti considerare, al riguardo, che all'interno della generale CPV 45* inerente lavori sono presenti ben 822 categorie di interventi.

Accanto alla sopra rappresentata esigenza si rileva, inoltre, che una ridefinizione dell'attuale assetto normativo dovrà tenere in considerazione elementi di irrazionalità presenti in ulteriori disposizioni, non direttamente investite dal Parere del Consiglio di Stato. Il riferimento è, ad esempio, agli art. 108, commi 2 e 3 e art. 32, comma 7, lettera b) del Regolamento attuativo del Codice. Dal combinato disposto delle richiamate disposizioni con l'art. 109, comma 2, risulta, infatti, che le categorie generali e specializzate scorporabili per le quali le lavorazioni non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario se in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente e privo delle relative adeguate qualificazioni, sono quelle individuate dal progettista in sede di redazione del progetto a base di gara come di importo superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera o di importo superiore a 150.000 euro. Questi indici di definizione se mantenuti nei termini generali in cui attualmente sono formulati, sono irrazionali in quanto, da un lato, la soglia minima individuata per la scorporabilità di una lavorazione con riferimento al 10% del valore complessivo dell'appalto può comportare, se applicata ad opere medie e grandi, la sottrazione alla capacità esecutiva dell'affidatario non in possesso della adeguata qualificazione –con obbligo di subappalto o di costituzione di ATI - di un'ingente fetta delle lavorazioni appaltate, circostanza che da sola vanifica ogni tentativo di "riequilibrio" tra le

due esigenze indicate dal comma 1 dell'art. 109 e già sopra indicate (qualificazione obbligatoria/esecuzione da parte dell'affidatario), mentre, per contro, la soglia minima individuata per la scorporabilità di una lavorazione con riferimento ad un valore superiore a 150.000 euro può comportare, sempre se applicata ad opere medie e grandi, una eccessiva frammentazione delle lavorazioni, inducendo ad includere tra le scorporabili - con obbligo di subappalto o di costituzione di ATI - anche lavorazioni di minima rilevanza, nell'economia complessiva dello specifico affidamento, che potrebbero più razionalmente essere eseguite direttamente dall'affidatario.

Da quanto sopra emerge che lo sforzo di ridefinizione delle categorie richiesto dal Parere del Consiglio di Stato deve essere compiuto tenendo in considerazione il più ampio contesto della normativa di riferimento nel suo insieme.

Peraltro, la revisione delle categorie a qualificazione obbligatoria e di quelle cosiddette superspecializzate ha inevitabili riflessi su tutto il sistema di qualificazione, in quanto destinato ad incidere anche sulla declaratoria di cui all'allegato A, del DPR 207/2010, nella parte relativa alle categorie specialistiche.

Ciò genererà la necessità di definire un regime transitorio, per l'adeguamento delle attestazioni di qualificazione, che non dovrà provocare anomalie applicative simili a quelle generate dal passaggio dal regime ex DPR n. 34/2000 a quello del DPR n. 207/2010. In tal senso dovrebbe essere previsto l'allineamento del sistema di partecipazione alle gare con il sistema di qualificazione delle imprese. Potrebbe, ad esempio, prevedersi la facoltà delle imprese, che abbiano ottenuto l'attestazione di qualificazione con il novellato sistema, nelle categorie generali rivisitate, di partecipare alle gare bandite anche in vigenza della vecchia declaratoria della categorie specialistiche abolite.

In attesa di disposizioni normative, vigente il d.l. 151/2013 che prevedeva la proroga delle regole previgenti l'annullamento e nelle more dell'adozione delle disposizioni regolamentari sostitutive, l'Autorità è intervenuta in materia con il Comunicato n. 1 del 29 gennaio 2014 per fornire indicazioni interpretative alle SOA al fine di garantire il corretto esercizio dell'attività di qualificazione.

Il comunicato, riferendosi a quanto già affermato nell'Atto di Segnalazione al Governo e al Parlamento n. 3 del 25 settembre 2013 in ordine alle problematiche attuative del suddetto parere consultivo, considera possibili, per quanto riguarda la parte del parere del Consiglio di Stato relativa all'esecuzione, due soluzioni alternative:

- si potrebbe mantenere fermo l'impianto normativo di cui al comma 1 dell'art. 109, contestualmente riducendo il numero delle categorie di lavori a qualificazione obbligatoria di cui al successivo comma 2 e, nel contempo, rendendo meno rigida la disposizione, contenuta nell'ultimo periodo del medesimo comma, relativa ai limiti di subappaltabilità delle SIOS, che superino il 15% dell'importo dell'appalto;

- potrebbe essere invertita la disposizione del comma 1 dell'art. 109, prevedendo, come regola generale, il divieto, per l'affidatario qualificato nella categoria prevalente, di eseguire lavorazioni per categorie diverse, a qualificazione obbligatoria. Anche in quest'ultimo caso, naturalmente, potrebbe essere opportuna una rivisitazione delle categorie specialistiche e superspecialistiche; ciò per aderire alla fondata osservazione del Consiglio di Stato, secondo cui molte delle categorie a qualificazione obbligatoria sono prive di connotati di particolare specialismo, ovvero del "notevole contenuto tecnologico" e della "rilevante complessità tecnica di cui all'art. 37, comma 11, del Codice dei contratti.

Entrambe le soluzioni, a parere dell'Autorità, avrebbero l'effetto di superare le criticità rilevate dal Consiglio di Stato, pur con effetti diversi sulla partecipazione alle gare. Nella seconda ipotesi sarebbero maggiormente favorite le imprese in possesso della qualificazione obbligatoria in categorie specialistiche e superspecialistiche che corrispondono per lo più a imprese di medio piccole dimensioni. Tanto è consono ai principi di tutela delle PMI evidenziati dalla direttiva appalti di recente pubblicazione e rintracciabili nel Codice (vd. art. 2 co. 1 bis).

In ogni caso l'Autorità ha sottolineato l'esigenza di salvaguardare il principio della qualità delle prestazioni enunciato nell'art. 2 co.1 del Codice e richiamato anche dall'art. 40, comma 1 del medesimo Codice. All'uopo, è necessario che l'esecutore dell'affidamento sia adeguatamente specializzato nell'attività che è tenuto ad eseguire.

Misure relative all'EXPO

Art. 13 co. 2

La norma in considerazione estende l'ambito delle specifiche deroghe alla normativa vigente consentite alla società EXPO 2015 S.p.A. e alle stazioni appaltanti al fine di garantire il rispetto dei tempi stabiliti per lo svolgimento dell'evento EXPO 2015 e l'adempimento degli obblighi internazionali assunti dal Governo Italiano. Si tratta di deroghe alle

disposizioni del Codice dei Contratti ulteriori rispetto a quelle ab origine contemplate dall'art. 5, comma 1, lettera c) del DL 43/2013 (convertito con Legge 71/2013) che già riguardavano aspetti rilevanti come quelli afferenti alle norme in materia di livelli di progettazione (preliminare, definitiva ed esecutiva - art. 93) e alle procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto (art. 140).

Si tratta, in particolare, di nuove deroghe relative alle norme sui contratti di sponsorizzazione (art. 26) e sulle concessioni di servizi (art. 30).

In termini generali, al riguardo, si rileva che, come diverse volte e già da lungo tempo messo in evidenza dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici e dalla Corte dei Conti l'attuazione, anche giustificata dalla presenza di figure Commissariali, di deroghe, talvolta consistenti, alla normativa sui contratti pubblici, rischia di sottrarre una fetta rilevante di spesa pubblica investita per grandi interventi alla disciplina naturalmente preordinata a garantire l'efficiente impiego di danaro pubblico e attività di rilevazione e controllo da parte dell'Autorità di Vigilanza. L'esperienza dimostra, infatti, che in passato seppur generici richiami al generale rispetto dei principi comunitari non hanno impedito alle stazioni appaltanti di negare, ad esempio, la comunicazione all'Autorità dei dati relativi al ciclo di vita dei contratti pubblici e dunque di negare adempimenti rilevanti ai fini della trasparenza e della correttezza delle attività effettuate. Per tale ragione, pur comprendendo le esigenze di tempestività nella realizzazione degli interventi che la norma in esame sottende, non si può fare a meno di manifestare alcune perplessità sulle scelte operative attuate. Ciò, peraltro, anche in ragione delle specifiche disposizioni del Codice dei Contratti che vengono derogate. Perplessità possono essere espresse già con riferimento alla deroga all'art. 93 – in considerazione del fatto che un'adeguata attività di progettazione è la prima garanzia del buon fine della realizzazione dell'opera – e alla deroga all'art. 140 – in considerazione del fatto che le fattispecie contemplate da questa norma (fallimento o risoluzione del contratto per inadempimento) rappresentano sempre patologie gravissime del rapporto sinallagmatico e sono comunque legate all'incapacità del contraente di portare a termine la prestazione. In questi termini, ignorare la disposizione per esigenze di celerità si traduce nel consentire il mantenimento di un'inefficienza, legittimando la prosecuzione del contratto con un esecutore manifestamente incapace. Ciò a fronte del fatto che lo stesso art. 140 prevede, proprio per far fronte ad esigenze di

efficienza e celerità, il diritto di interpello che consente di evitare il ricorso all'avvio di una nuova procedura di affidamento con le tempistiche ad essa connesse.

Le perplessità possono essere mantenute anche con riferimento alle nuove deroghe introdotte. Ad esempio, con riferimento alla deroga all'art. 30 del Codice dei contratti si rappresenta che questa, per le concessioni di servizi, già in sé è derogatoria, in quanto esclude l'applicazione del Codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi, salvo disposizioni minime che sono richiamate proprio in quanto preordinate al rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici. Se, pertanto, questi ultimi principi richiamati devono comunque essere mantenuti fermi, secondo la stessa *ratio* dell'art. 5, comma 1, lettera c) del DL 43/2013, la deroga all'art. 30 del Codice dei contratti risulta del tutto inefficace ed il richiamo a tale previsione è, pertanto, ultroneo.

Con riferimento alla deroga all'art. 26 e dunque alle norme sui contratti di sponsorizzazione, si rileva che secondo quanto già precisato dall'Autorità nella Deliberazione n. 9/2012 e cioè che la sponsorizzazione tecnica, rientrante nelle previsioni di cui all'art. 26 del Codice dei contratti pubblici, va distinta dalla sponsorizzazione pura o di puro finanziamento (soggetta alle norme di contabilità pubblica), nella quale invece lo sponsor si impegna nei confronti della stazione appaltante esclusivamente al riconoscimento di un contributo in cambio del diritto di sfruttare spazi per fini pubblicitari e non anche allo svolgimento di altre attività. Per l'affidamento dei contratti di sponsorizzazione non trova applicazione la normativa sugli appalti di lavori pubblici, in quanto gli stessi non rientrano nella classificazione giuridica dei contratti passivi, bensì comportano un vantaggio economico e patrimoniale direttamente quantificabile per la pubblica amministrazione mediante un risparmio di spesa, ferma restando -per la scelta dello sponsor- l'applicabilità dei principi del Trattato nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto. I contratti di sponsorizzazione tecnica di cui all'art. 26 del D.Lgs. n. 163/2006, sono sottoposti agli obblighi di pubblicità e trasparenza enunciati nel successivo art. 27 che, comunque, sono obblighi minimi che devono intendersi posti nel rispetto dei principi comunitari e che, pertanto, non possono essere derogati anche in forza dei principi comunitari richiamati e sottesi dal medesimo art. 5, comma 1, lettera c) DL 43/2013. Del pari e sempre nel rispetto dei medesimi principi non possono ritenersi derogabili le norme in materia di requisiti di

qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto in quanto poste a presidio della garanzia della capacità dell'esecutore.

Sempre con riferimento ai contratti di sponsorizzazione si segnala la Deliberazione del CASGO del 20 novembre 2013 che ritiene che sono da assoggettarsi alle particolari modalità di controllo previste dalle linee guida del CASGO i contratti di sponsorizzazione di qualunque importo, in quanto rapporti negoziali finalizzati all'acquisizione di una prestazione strumentale agli interessi pubblici sottesi allo svolgimento della manifestazione espositiva e soggetti ai principi generali dell'evidenza pubblica stabiliti dal diritto comunitario e nazionale. Il CASGO ricorda inoltre come la normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari, preordinata alla tutela di esigenze di ordine pubblico e attuata anche per il tramite del codice tracciante rilasciato dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici a fronte della comunicazione dei dati relativi all'affidamento anche dei singoli lotti, di qualunque importo, è una normativa applicabile all'ipotesi di sponsorizzazione c.d. tecnica, correlata alla realizzazione di lavori, servizi e forniture pubblici nonostante l'impiego di denaro privato.

Si segnala che sempre l'art. 5, comma, 1 lettera c) del DL 43/2013 (convertito con Legge 71/2013) contiene ulteriore deroga a discipline rilevanti, come il DM 10 agosto 2012 n. 161 relativo alla disciplina sull'utilizzazione delle terre e rocce da scavo .