

**CONTRIBUTO PERVENUTO DALLA FEDERAZIONE
INDUSTRIE E COSTRUZIONI (FINCO) ALL'ESITO
DELLA CONSULTAZIONE N.1**

DOCUMENTO DI CONSULTAZIONE IN MATERIA DI RIFORMA DEGLI APPALTI E DELLE CONCESSIONI

CONTRIBUTO FINCO

Premessa

Il nuovo quadro di riferimento normativo comunitario in tema di appalti è di indubbio interesse ed il relativo recepimento potrà e dovrà essere, oltre che un momento di adempimento di un obbligo comunitario, un'occasione di miglioramento per il complessivo sistema degli appalti del nostro Paese.

Nella Direttiva Appalti 2014/24/UE, oltre alla costante attenzione alle PMI ed alla semplificazione nella partecipazione alle gare, è da apprezzare l'enfasi posta sulla qualità, l'innovazione tecnologica e la qualificazione che dovrebbero, nel futuro, sempre più indirizzare il settore delle gare pubbliche.

*In particolare la **qualificazione** - ricercata, tutelata e richiesta - deve essere elemento indefettibile per un moderno ed efficiente sistema di appalti. Per questa ragione, i contenuti di previsioni come quelle di cui all'art. 37 comma 11 (relativo alla tutela delle lavorazioni di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica) ed all'art. 40 (relativo all'obbligo di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici) del vigente Codice dei Contratti Pubblici dovrebbero essere ripresi nel futuro Codice come anche tutte le previsioni, già oggi inserite nella Legge Delega, in materia di pagamento diretto dei subappaltatori, di suddivisione in Lotti e di professionalizzazione delle Stazioni Appaltanti.*

In coerenza con quanto sopra si dovrebbe anche evitare che, nella futura regolamentazione compaiano articoli come l'attuale 85 del DPR 207/10 che consentono alle imprese di qualificarsi semplicemente con il lavoro subappaltato ad altri operatori e, quindi, da loro non realmente eseguito.

La nuova normativa è improntata alla massima semplificazione, ma la semplificazione, di per sé, non è un valore se non è accompagnata da una diversa visione degli appalti, che privilegi i Lotti, ed al contempo, scoraggi il subappalto che sempre più rischia di diventare il centro di riferimento del malaffare.

E' importante, a margine, sollevare un'ultima questione: se infatti, come sembra, non vi sarà un Regolamento (DPR) attuativo del nuovo Codice è di grande importanza per gli operatori capire come verrà normata la parte applicativa del Codice e che valore giuridico avranno gli atti di c.d. Soft Law, di cui tanto si è sentito parlare in questi mesi, in assenza di una chiara analisi di impatto.

1. DOMANDE

1) Ordinare, dalla più importante alla meno importante, le seguenti disposizioni a recepimento facoltativo delle Direttive 2014/24/UE (Appalti), 2014/25/UE (Utilities) e 2014/23/UE (Concessioni)

1 = più importante

È possibile attribuire lo stesso punteggio a più disposizioni

NOTA DEL REDATTORE: l'importanza degli argomenti è declinata sia in positivo che in negativo

Ordine importanza	Sintesi oggetto disposizioni Direttive	Rif. normativo Direttive
1	Subappalto	Art. 71 appalti; Art. 88 utilities; Art. 42 concessioni
2	Affidamento sulla capacità di altri soggetti (Avvalimento)	Art. 63 appalti; Art.79 utilities
3	Suddivisione degli appalti in lotti	Art. 46 paragrafi 3 e 4 appalti; Art. 65 paragrafi 3 e 4 utilities
4	Criteri di aggiudicazione dell'appalto	Art. 67 par. 2 appalti; Art. 82 par. 2 utilities
5	Operatori economici	Art. 19 par. 2 appalti; Art. 37 par. 2 utilities; Art. 26 par. 2 concessioni
6	Attività di centralizzazione delle committenze e centrali di committenza	Art. 37 par. 1 appalti; Art. 55 par. 1 utilities
7	Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione	Art. 32 par. 1 e Art. 26 par. 6 appalti; Art. 44 par. 5 e art. 50 utilities
8	Raggruppamento degli avvisi relativi agli appalti aggiudicati	Art. 50 par. 2 appalti; Art. 70 par. 2 utilities
	Appalti e concessioni riservati	Art. 20 par. 1 appalti; Art. 38 par. 1 utilities; Art. 24 concessioni
	Regole applicabili alle comunicazioni	Art. 22 par. 4 e 6 appalti; Art. 40 par. 4 e 6 utilities; Art. 29 par. 1 concessioni
	Scelta delle procedure	Art. 26 par. 5 appalti
	Procedura ristretta	Art. 28 par. 4 appalti

	Cataloghi elettronici	Art. 36 par. 1 appalti; Art. 54 par. 1 utilities
	Appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi	Art. 39 par. 2 appalti; Art. 57 par. 2 utilities
	Principi generali (Selezione dei partecipanti)	Art. 56 par. 2 appalti; Art. 76 par. 7 utilities
	Motivi di esclusione	Art. 57 appalti, par. 3e 4; Art. 80, par. 1, c. 3 utilities; Art. 38 concessioni
	Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato	Art. 64 par. 1 appalti
	Principi per l'aggiudicazione degli appalti	Art. 76 par. 2 appalti; Art. 93 par. 2 utilities
	Appalti riservati per determinati servizi	Art. 77 par. 1 appalti; Art. 94 par. 1 utilities
	Recepimento e disposizioni transitorie	Art. 90 appalti; Art. 106 par. 2 utilities

2) Ordinare, dal più importante al meno importante, i seguenti criteri di delega:

1 = più importante

È possibile attribuire lo stesso punteggio a più criteri

Ordine importanza	Sintesi oggetto criterio delega	Rif. normativo DDL
1	Requisiti capacità economico-finanziaria, tecnica, organizzativa e professionale degli operatori economici	Art.1, comma 1, lett. r)
1	Revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici (Misure di premialità)	Art. 1, comma 1, lett. uu)
2	Riordino e semplificazione disciplina dei contratti relativi ai beni culturali	Art. 1, comma 1, lett. o)
2	Revisione del piano generale dei trasporti	Art. 1, comma 1, lett. sss)
3	Valorizzazione delle esigenze sociali, di sostenibilità ambientali e stabilità occupazionale	Art. 1, comma 1, lett. ddd) e lett. ggg)
4	Introduzione sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti presso ANAC	Art. 1, comma 1, lett.bb)
5	Publicità e trasparenza delle procedure anche per affidamenti in house	Art. 1, comma 1, lett. eee)
6	Metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale (procedure amministrative)	Art. 1, comma 1, lett. aaa)
6	Revisione e razionalizzazione del rito abbreviato	Art. 1, comma 1, lett. bbb)
7	Disciplina applicabile ai contratti sotto soglia e disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia	Art. 1, comma 1, lett. g)
	Publicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia	Art. 1, comma 1,lett. ii)
	Misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera	Art. 1, comma 1, lett. ee)
	Specifiche disciplina dei servizi sostitutivi di mensa	Art. 1, comma 1, lett. d)
	Procedure in materia di protezione civile	Art. 1, comma 1, lett. l)
	Sistema amministrativo e sanzionatorio di premialità e penalità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive e per la violazione di norme del codice	Art. 1, comma 1, lett. q), n 5)
	Modalità e individuazione soggetti per la determinazione annuale	Art. 1, comma 1,

	dei costi standardizzati	lett. v)
	Revisione della disciplina di affidamento degli incarichi di collaudo a dipendenti pubblici	Art. 1, comma 1, lett.nn)
	Revisione sistema di validazione progetti	Art. 1, comma 1, lett.rr)
	Razionalizzazione ed estensione forme di partenariato pubblico privato	Art. 1, comma 1, lett. ss)
	Casi in cui l'ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti richiesti	Art. 1, comma 1, lett. vv), n. 6)
	Disciplina transitoria per concessioni autostradali	Art. 1, comma 1, lett. mmm)
	Dibattito pubblico	Art. 1, comma 1, lett. qqq)

3) Indicare eventuali ulteriori criteri di delega (specificando i relativi riferimenti normativi) che si ritengono di particolare rilevanza, nonché ulteriori temi, non inclusi nelle tabelle delle domande 1) e 2), ritenuti particolarmente rilevanti per la definizione della nuova disciplina in materia di appalti e concessioni.

Legge Delega:

- Art. 1, comma 1, lett. p)- Sostenibilità energetico ambientale e costi del ciclo di vita (art. 68 Direttiva Appalti)
- Art. 1, comma 1, lett. q) paragrafo 4 – Conto dedicato per le imprese aggiudicatarie di appalti pubblici
- Art. 1, comma 1, lett. z) – Soccorso Istruttorio
- Art. 1, comma 1, lett. aa) – Documento di Gara Unico Europeo (art. 59 Direttiva Appalti)

Direttiva Appalti

- Art. 3 - Appalti Misti

Altro

- Principi per l'aggiudicazione degli appalti in rapporto all' art. 120, comma 5, Codice del Processo Amministrativo

- 4) In riferimento ai temi individuati come più rilevanti in risposta alle domande 1), 2) e 3), fornire osservazioni e suggerimenti specifici sui contenuti della nuova disciplina in materia di appalti e concessioni, seguendo lo schema che segue. (Argomento; Riferimenti normativi a criteri di delega; Osservazioni e suggerimenti sui contenuti della nuova disciplina)

NOTA DEL REDATTORE : Gli argomenti vengono illustrati seguendo l'ordine con cui compaiono nelle risposte alle domande di cui ai punti 1), 2) e 3)

SUBAPPALTO

(Art. 71 Direttiva Appalti; Art. 1, comma 1, lett. rrr) Legge Delega)

Certamente positiva l'impostazione data al **Subappalto** dalla Legge Delega che indirizza il Legislatore nazionale verso una chiara, inequivoca e rafforzata tutela del subappaltatore in quanto anello debole nell'ambito della catena degli appalti.

In quest'ottica, si evidenzia **come i limiti al subappalto attualmente presenti all'art. 118 comma 2, nonché all'art. 37 comma 11 del vigente Codice dei Contratti, debbano essere integralmente ripresi nel nuovo Codice.**

Fondamentale poi la previsione del **pagamento diretto per subappaltatori, fornitori, prestatori di servizio e di lavoro fornito**¹ così come prevista dalla Legge Delega che deve assolutamente essere trasfusa nel nuovo Codice.

Al subappalto dovrebbe, in ogni caso, essere **preferito, ed anzi incentivato al suo posto**, il Raggruppamento Temporaneo di Impresa (RTI/ATI), soprattutto in presenza di lavorazioni specialistiche e superspecialistiche; in quest'ultimo caso **dovrebbe essere mantenuto un meccanismo di garanzia quale quello attualmente previsto all'art. 37, comma 11 del Codice dei Contratti Pubblici**².

¹ Sia la Direttiva Appalti (art. 71, comma 3) che la Legge Delega (lettera rrr) art.1, comma 1) parlano esplicitamente di "Lavoro fornito". Un esempio di lavoro fornito potrebbe essere quello del c.d. noleggio a caldo (un noleggio, cioè, in cui l'apparecchiatura viene fornita con il relativo operatore qualificato)

² Art. 37, comma 11 D.Lgs 163/06 <<Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'imparto totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terza periodo; il regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni obiettive, suddivisa. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'imparto delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo>>

Discorso a parte dovrebbe essere riservato alle cosiddette “**opere provvisionali**”, le quali non costituendo, in alcuni casi, “lavori” (in senso letterale) strumentali alla realizzazione dell'appalto, non sono menzionate né nelle categorie “OS” né nelle categorie “OG”.

Le opere provvisionali non previste nelle categorie OG o OS (come per esempio i ponteggi che, essendo opere di protezione collettiva, dovrebbero rientrare tra gli oneri della sicurezza) dovrebbero essere scorporate dal valore dell'appalto e quindi sottratte alla disciplina del subappalto dei lavori stessi (fatta eccezione per le comunicazioni obbligatorie ai fini della sicurezza).

In tal modo, da un lato si avrebbe la certezza che le relative prestazioni siano eseguite solo da chi è abilitato ad effettuarle (nel caso dei ponteggi: gli operatori dotati di patentino), dall'altro, non incidendo sul valore dell'opera da eseguire, sarebbe possibile contenere il valore della “classifica” della categoria indicata negli atti di gara, agevolando la partecipazione di un maggior numero di operatori economici interessati, in piena coerenza con lo *Small Business Act*.

Le opere provvisionali per le quali, viceversa, è possibile individuare una categoria di lavorazione di riferimento (come le c.d. berlinesi, il dewatering, le strade di servizio, ecc.) dovrebbero rimanere nel normale regime di subappalto.

AVVALIMENTO

(Art. 63 e 64 paragrafo 2 Direttiva Appalti; Art. 1, comma 1, lett. zz) Legge Delega)

FINCO, da sempre, ha espresso contrarietà all'istituto dell'**Avvalimento** che, nel panorama imprenditoriale italiano, caratterizzato da un elevatissimo numero di soggetti abilitati a partecipare alle gare di appalto, si pone quale elemento assolutamente distonico. Senza contare che l'istituto si presta particolarmente a operazioni “opache” sotto il profilo della legalità.

Peraltro la normativa italiana tra ATI orizzontali e verticali, reti di impresa, consorzi e subappalti consente già una notevole possibilità di aggregare opportunamente i fattori della produzione ai fini dell'offerta e dell'allargamento della platea degli offerenti.

Ciò posto, e sempre nell'auspicio che l'istituto dell'Avvalimento trovi una applicazione quanto più possibile limitata nel nostro ordinamento ove, lungi dall'essere un facilitatore della

concorrenza è, viceversa, un elemento di alterazione della stessa, si ritiene che le recenti previsioni della Legge Delega, già pienamente condivisibili, debbano essere integrate da alcune delle specifiche limitazioni previste dagli Artt. 63 e 64 della Direttiva stessa:

- L'uso dell'Avvalimento solo per la singola gara (e l'uso della qualificazione tramite Avvalimento solo infragruppo - art. 64 - come, del resto, previsto anche nella norma nazionale attuale);
- L'uso delle esperienze professionali altrui solo se i medesimi soggetti svolgeranno i lavori o i servizi per cui sono necessarie le capacità professionali richieste³;
- La responsabilità solidale nel caso di avvalimento di capacità economica e finanziaria;
- La possibilità che la S.A. chieda all'appaltatore l'esecuzione diretta di alcuni lavori senza possibilità di avvalersi delle capacità di altri.

A livello normativo occorrerebbe, inoltre, prevedere che il contratto di Avvalimento (tra concorrente ed ausiliario) precisi non solo le risorse che l'ausiliario s'impegna a mettere a disposizione del concorrente per tutta la durata del contratto, ma anche le modalità attraverso le quali lo farà, visto che la mera dichiarazione rischia di restare lettera morta mentre è necessario che la S.A. sia in grado di valutare se i mezzi e gli strumenti che vengono messi a disposizione siano effettivamente congrui e idonei rispetto all'oggetto dell'appalto.

Dall'applicazione dell'Avvalimento dovrebbero, in ogni caso, rimanere escluse le lavorazioni specialistiche e superspecialistiche che, per le loro intrinseche caratteristiche di esperienza professionale e dotazioni tecniche specifiche, male si prestano ad una dimostrazione puramente documentale di "disponibilità".

SUDDIVISIONE DEGLI APPALTI IN LOTTI

(Art 46 Direttiva Appalti; Art. 1, comma 1, lett. ccc) Legge Delega)

Anche la previsione dei **Lotti** è del tutto condivisibile; si rileva, però, che il divieto di "aggregazione artificiosa" (anche se correlato dall'obbligo di motivazione nel caso di non suddivisione) non è, tuttavia, una formulazione particolarmente incisiva e rischia di restare di

³ Su documento separato ed allegato si riporta *Position Paper* di Accredia

fatto inattuata come insegna l'esperienza dei vigenti commi 1 bis e 1 ter dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Le S.A. dovrebbero perciò, obbligatoriamente, dar conto, nel Bando di Gara, non solo della eventuale mancata ripartizione in lotti, ma anche della reale, avvenuta, divisione in lotti sia verticali che orizzontali dal momento che nessun operatore potrebbe essere nella condizione di conoscere il piano complessivo dei lavori che l'Amministrazione decide di dividere o meno in lotti.

Inoltre, la previsione già contenuta nell'attuale Codice dei Contratti secondo cui la divisione avviene <<*ove possibile ed economicamente conveniente*>> (citato art. 2 comma 1bis Codice dei Contratti) dovrebbe essere superata sostituendo la "*convenienza economica*" - concetto troppo vago e che si presta a molte declinazioni - con l'espressione "*non troppo costosa*" in linea con il Considerando n. 78 della Direttiva ⁴, se si vuole realmente consentire l'accesso delle PMI al mondo degli appalti e quindi dare concretamente attuazione allo *Small Business Act*.

E' importante, inoltre, che non sia consentito ad un unico candidato di aggiudicarsi tutti i Lotti perché questo vanificherebbe, di fatto, la previsione.

La suddivisione in Lotti (che dovrebbe essere sia qualitativa che quantitativa e dovrebbe tener conto delle dimensioni degli appalti delle lavorazioni specialistiche, anche con riferimento alle reali capacità economiche degli operatori di settore) dovrebbe essere anche funzionale ad una maggiore diffusione degli appalti dedicati che certamente garantiscono, soprattutto per le lavorazioni di natura specialistica, la migliore realizzazione possibile dell'opera ⁵.

⁴ (...) *Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriata suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto. (...)*

⁵ Sul punto appare utile ricordare che il 78° considerando della Direttiva afferma che «*gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di andare oltre nei loro sforzi intesi a facilitare la partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici*» e che negli Stati Uniti il 25% delle gare è riservato alle PMI

La maggior diffusione dei Lotti, oltre a favorire la massima partecipazione delle piccole e micro imprese, dovrebbe, coerentemente, scoraggiare l'uso del subappalto a tutto vantaggio di una partecipazione diretta delle imprese alla gara.

CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO

(Art 67 Direttiva Appalti; Art. 1, comma 1, lett. ff) Legge Delega)

Forte enfasi è posta sia nella Direttiva che nella Legge Delega sull'uso **dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa (OEPV)**, anche se, come rimarcato al considerando n. 89 della Direttiva, con questa espressione si deve solo indicare "il miglior rapporto qualità/prezzo" di modo che "tale valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia"⁶.

Ciò posto e considerando, altresì, che resta nella facoltà dello Stato nazionale continuare a prevedere forme di aggiudicazione basata solo sul prezzo, si richiama l'attenzione sul fatto che **entrambi i sistemi di aggiudicazione dovrebbero essere mantenuti e migliorati** anche se - fermo restando che vi sono tipologie di appalto che per loro intrinseca natura non si prestano ad un criterio di selezione come l'OEPV - una scelta basata maggiormente sulla "qualità e progettualità" dell'offerta dovrebbe essere preferita laddove la natura dell'appalto lo consenta.

Più nello specifico, si propone che l'OEPV venga obbligatoriamente applicata agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria e, viceversa, che non venga applicata ad appalti di lavori di valore inferiore ad 1,5 Milioni di euro.

Per un sostanziale miglioramento di tale sistema di aggiudicazione, sarebbe poi necessario che i criteri di partecipazione ed i requisiti premianti sui quali si impernia la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e che devono necessariamente essere inseriti nei Bandi di Gara, siano conformi a puntuali Linee Guida (quali quelle, ad esempio, a suo

⁶ Al fine di non creare confusione con il criterio di aggiudicazione usato nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, la nuova Direttiva invita il Legislatore nazionale ad usare "un termine diverso per tradurre tale concetto di miglior rapporto qualità/prezzo"

tempo stilate dall'AVCP o da ITACA) e che i contenuti ed i valori ponderali attribuiti ai criteri premiali siano validati con strumenti analoghi a quelli usati per la fase della progettazione.

Insomma, i criteri di assegnazione dei punteggi di gara devono essere coerenti con l'oggetto dell'appalto e misurabili in termini oggettivi e non arbitrari.

Condivisibile la previsione della Legge Delega secondo cui i membri delle Commissioni Aggiudicatrici (che dovrebbero essere in parte esterni all'Amministrazione appaltante), dovranno essere iscritti ad un apposito albo e sorteggiati con estrazioni pubbliche.

Il massimo ribasso, invece, dovrebbe essere obbligatoriamente accompagnato dall'esclusione automatica delle offerte anomale con taglio delle ali del 10% (arrotondato all'unità superiore delle offerte di maggiore e di minore ribasso) e da correttivi delle soglie di anomalia, attraverso, ad esempio, l'applicazione di un elemento di casualità – non deciso dall'Ente aggiudicatore, oggettivo ed immodificabile - sul correttivo che la S.A. va ad applicare alla media delle offerte, al fine di evitare accordi preventivi tra gli offerenti ⁷.

In subordine, dovrebbero essere riproposte almeno le previsioni di cui all'art. 122, comma 9 e 124 comma 8 dell'attuale Codice che prevedono l'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale rispettivamente per lavori di importo pari o inferiore al milione di euro e per servizi e forniture di importo pari o inferiore a centomila euro.

L'utilizzo di criteri di aggiudicazione diversi al di sotto o al di sopra di stabilite soglie dovrebbe essere, in ogni caso, motivato nel bando e la verifica delle offerte dovrebbe essere effettuata non solo sull'aggiudicatario della gara e sul secondo classificato, ma, a garanzia di un più corretto svolgimento della stessa, anche su un campione delle offerte.

⁷ Si suggerisce di estendere a livello nazionale il criterio di correzione dell'anomalia approvato dalla Regione Sicilia che, per quanto sia stato oggetto di impugnativa davanti alla Corte Costituzionale da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri per motivi di legittimità e non di merito, mostra di essere sufficientemente affidabile per la correzione dell'anomalia. Questo criterio prevede che la soglia di anomalia sia individuata dalla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse; incrementata o decrementata in base alla prima cifra, dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi, rispettivamente se pari o dispari. La gara è aggiudicata all'offerta immediatamente inferiore rispetto alla soglia di anomalia così determinata. Nel caso in cui il valore così determinato risulti inferiore all'offerta di minor ribasso ammessa, la gara è aggiudicata a quest'ultima. Per la determinazione della media, in caso di presentazione di offerte di identico ribasso, queste sono computate una sola volta. La facoltà di esclusione automatica non è comunque esercitabile, quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 5. Le imprese che effettuano un ribasso superiore al 25% producono, nell'offerta, le relative analisi giustificative che sono valutate dalla commissione di gara, nel caso risultino aggiudicatarie in sede di verifica della congruità dell'offerta. Le imprese che effettuano un ribasso superiore al 40% vengono automaticamente escluse.

OPERATORIE ECONOMICI

(Art 19, paragrafo 2, Direttiva Appalti)

Come evidenziato nel paragrafo relativo al subappalto, il Raggruppamento Temporaneo di Impresa (RTI/ATI), oltre a dover essere, in linea generale incentivato perché rafforza la capacità partecipativa e la responsabilità delle imprese, in mancanza di adeguata qualificazione dovrebbe diventare l'unica modalità di partecipazione ammessa alle gare.

ATTIVITA' DI CENTRALIZZAZIONE DELLE COMMITTENZE E CENTRALI DI COMMITTENZA

(Art 37, paragrafo 1, Direttiva Appalti; Art. 1, comma 1, lett. cc) Legge Delega)

Condivisibile la previsione della Legge Delega di rivedere e rendere più efficienti le procedure di appalto per **Accordi Quadro, Convenzioni e Centrali di Committenza**, ma occorre evitare che l'uso di questi e di altri strumenti simili, diventi un modo per aggirare le indicazioni in merito alla divisione in Lotti in danno delle PMI.

Nel settore dei lavori, infatti, la centralizzazione della committenza o la costituzione di Stazioni Uniche Appaltanti deve essere di supporto proprio alla capacità dell'ente aggiudicatore di individuare l'autonoma funzionalità dei Lotti, di gestire con maggiori mezzi tecnici e professionali l'intera gara e poter, successivamente, controllare e supervisionare anche la fase esecutiva.

USO DELLE PROCEDURE NEGOZiate SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE

(Art 32, paragrafo 1, Direttiva Appalti; Art. 1, comma 1, lett. q) numero 1 Legge Delega)

Pur allargando i casi in cui è possibile la trattativa privata, la nuova Direttiva ribadisce come l'uso della **procedura negoziata senza previa pubblicazione** sia da considerarsi, comunque, un'eccezione alle procedure ad evidenza pubblica, cui ricorrere solo in pochi e specifici casi e la Legge Delega riprende, giustamente, il medesimo concetto.

La norma nazionale ha, attualmente, liberalizzato l'utilizzo di tale procedura negli appalti di lavori consentendone l'applicazione a gare di importo fino ad 1 milione di euro.

Secondo la relazione 2012 dell'AVCP quasi il 45% degli appalti di lavori di quell'anno sono stati aggiudicati utilizzando la procedura negoziata senza previa pubblicazione; questo contrasta certamente con il principio della tutela della concorrenza e con la trasparenza dei procedimenti amministrativi.

Anche alla luce della maggiore semplicità nella gestione dei bandi gara che l'utilizzo dell'informatica può, e potrà sempre più, garantire, sarebbe opportuno restringere l'utilizzo libero della procedura negoziata senza previa pubblicazione (o di quella ristretta) ad una fascia di importo decisamente più bassa.

Per gli appalti di importo fino a 250.000 euro sarebbe condivisibile il prevalente utilizzo della procedura negoziata o ristretta (invitando almeno 15 imprese) con l'obbligo di pubblicizzare, successivamente alla aggiudicazione, su una bacheca virtuale (es. AVCPass - Trasparenza), i nominativi delle imprese invitate in modo da verificare l'applicazione di criteri di rotazione (l'utilizzo di procedure di gara diverse dovrebbe essere motivato nel bando).

Per gli appalti di importo superiore ai 250.000 euro dovrebbe vigere, invece, il divieto dell'utilizzo delle procedure negoziate o ristrette (tranne per le eccezioni previste dalle Direttive).

In quest'ultimo caso l'utilizzo di procedure negoziate dovrebbe, comunque, essere giustificato nel bando e della relativa motivazione dovrebbe essere data comunicazione all'ANAC, o ad altra Autorità, che potrà, anche a posteriori, effettuare controlli sulla fondatezza della scelta ed irrogare eventuali sanzioni in caso di assenza di presupposti ragionevoli.

RAGGRUPPAMENTO DEGLI AVVISI RELATIVI AGLI APPALTI AGGIUDICATI

(Art 50, paragrafo 2, Direttiva Appalti; Art. 1, comma 1, lett. cc) numero 1 Legge Delega)

Con riferimento agli Accordi Quadro ed in linea con quanto sopra già evidenziato in merito all'attività centralizzata delle committenze, si ritiene opportuno che - non solo al fine di garantire la divisione in lotti degli appalti ma anche per evitare che figure analoghe (almeno nella sostanza) a quella del *General Contractor* vengano, in modo surrettizio, inserite negli appalti, circostanza che costituirebbe oggettivamente, un danno per le Pmi - *"le amministrazioni aggiudicatrici raggruppino gli avvisi sui risultati della procedura di appalto*

...su base trimestrale" (art. 50 Direttiva citata) e ne diano comunicazione, entro 30 giorni dalla fine del trimestre ad una Autorità di controllo, quale potrebbe essere l'Anac.

**REQUISITI DI CAPACITA' ECONOMICO-FINANZIARA, TECNICA,
ORGANIZZATIVA E PROFESSIONALE DEGLI OPERATORI ECONOMICI**

(Art. 1, comma 1, lett.r) Legge Delega; Art. 58, Direttiva Appalti)

Per quanto riguarda i **Criteri di Selezione** si concorda con le indicazioni della Direttiva, che dovrebbero, quindi essere recepite nel futuro Codice, in particolare, con:

- La possibilità che l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale possa richiedere l'iscrizione ad un registro professionale o commerciale.

Nell'ambito dei registri professionali di cui al presente punto (Allegato XI della Direttiva Appalti) dovrebbero essere contemplati, oltre agli albi professionali anche gli "elenchi" di natura vincolante che abilitano all'esercizio di una professione.

- L'indicazione che la capacità economica e finanziaria sia legata, tranne casi specifici, ad un fatturato minimo non particolarmente gravoso, perché è certamente una previsione tesa a non penalizzare le PMI.

A questo proposito si evidenzia, però, come il fatturato minimo annuo rispetto al valore dell'appalto, cui fa riferimento la Direttiva, non può essere il doppio dell'anno precedente perché questo, oltre a rappresentare - soprattutto in questo momento storico - un possibile elemento di criticità per l'impresa è in contrasto con quanto richiesto per la qualificazione Soa.

- La previsione che le capacità tecniche e professionali siano adeguatamente e concretamente **comprovate attraverso una specifica e diretta esperienza ed una adeguata dotazione di struttura tecnica, attrezzature e mezzi d'opera**, perché solo in questo modo si può garantire la migliore realizzazione possibile del bene pubblico.

Per partecipare alle gare ed eseguire i lavori, le imprese dovranno, a quest'ultimo proposito, dimostrare inderogabilmente il possesso di uno dei

summenzionati elementi di qualificazione così come qui di seguito meglio specificati: esperienza specifica e diretta, adeguata struttura tecnica, idonee attrezzature e mezzi d'opera, - laddove previsto dalla normativa vigente - abilitazione all'esercizio dell'attività professionale e - ove non previsto - presenza di adeguate e specifiche professionalità con comprovata abilitazione o comprovata esperienza abilitante.

E' possibile anche la combinazione dei citati elementi adeguatamente bilanciata in relazione all'attività da svolgere.

Per una corretta attribuzione delle attività realmente espletate, però, ed a riprova della diretta esecuzione delle stesse, sarà fondamentale che i **Certificati di Esecuzione dei Lavori (CEL)** vengano utilizzati in modo tale che si possano attribuire i lavori stessi (almeno ai fini della dimostrazione della capacità tecnica) solo a chi li ha realmente svolti e non ad altri ⁸

L'art. 58 della Direttiva - cui fa riferimento la lettera r)- ed i successivi articoli 59 e 60 esprimono due punti fermi della legislazione comunitaria: a) le prestazioni devono essere eseguite da un soggetto dotato di specifica esperienza; b) gli oneri di partecipazione alle gare devono essere limitati al minimo indispensabile, anche al fine di favorire la partecipazione delle PMI.

I citati due punti si conciliano con il sistema SOA attualmente in vigore che, con le integrazioni ed i perfezionamenti in ordine alle categorie specialistiche a qualificazione obbligatoria (di cui sopra si è detto) sembra opportuno mantenere e coordinare con il DGUE (Documento di Gara Unico Europeo).

Quale che sia la forma di controllo sul possesso dei requisiti di capacità tecnica, è indispensabile, comunque, che questa sia tale da salvaguardare il principio, che ha permeato finora tutto il sistema della contrattualistica pubblica, secondo cui **chi esegue le prestazioni oggetto di affidamento deve essere adeguatamente specializzato in tale attività.**

⁸ Per quanto riguarda invece la **capacità economica**, e solo in questo caso, si potrebbe consentire a chi svolge l'attività economicamente prevalente ed è quindi responsabile dell'organizzazione del cantiere, di utilizzare anche la percentuale subappaltata per rafforzare la propria categoria.

<< Tale principio è posto a presidio del più generale principio della qualità delle prestazioni espressamente codificato nell'art. 2, comma 1 del Codice dei contratti e richiamato anche dall'art. 40, comma 1 del medesimo Codice»⁹.

Il sistema più coerente per il raggiungimento di questo obiettivo (ribadito dalla nuova Direttiva) sarebbe quello di invertire il rapporto "regola/eccezione" contenuto nel primo comma dell'art. 109 del Regolamento 207/10 e stabilire il divieto, per l'affidatario qualificato solo nella categoria prevalente, di eseguire lavorazioni per categorie diverse, a qualificazione obbligatoria.

L'impresa che intende accedere ad un appalto deve essere, dunque, adeguatamente qualificata sia per la partecipazione che per l'esecuzione ¹⁰.

Discorso analogo si dovrebbe fare per **servizi e forniture**, settori nei quali dovrebbe essere prevista una idonea forma di qualificazione in relazione alla tipologia di attività.

In questi settori la presenza di certificazioni ed abilitazioni rilasciate da enti accreditati o soggetti titolati sulla base di disposizioni nazionali e/o standard internazionali (recepiti) relativi a requisiti tecnico-professionali, dovrebbero costituire elemento preferenziale nell'assegnazione degli appalti.

REVISIONE DEL VIGENTE SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI

(Art. 1, comma 1, lett. uu) Legge Delega)

La previsione di un sistema di **qualificazione delle imprese** che partecipano agli appalti di lavori deve essere fortemente **incentrato sulla specificità delle attività svolte, siano esse di natura generale o specialistica**. Non è, infatti, immaginabile garantire una efficace realizzazione di un appalto di lavori senza aver definito chiaramente il confine tra le attività di natura generale e quelle di natura speciale ed aver imposto ad entrambe il possesso di una

⁹ AVCP: Segnalazione n. 3 del 2013

¹⁰ Il paragrafo 4 lettera b) dell'art. 26 della Direttiva Appalti ribadisce che *"sono considerate inaccettabili le offerte presentate da offerenti che non possiedono la qualificazione necessaria"*.

qualificazione adeguata all'attività da svolgere, né è pensabile arrivare alla qualità ed economicità delle lavorazioni oggetto di appalto in assenza di professionalità, dotazioni tecniche ed esperienze specifiche.

E', quindi, necessario rimettere al centro del sistema dei lavori pubblici la qualificazione quale dato oggettivo, verificabile e riconducibile solo a reali capacità ed esperienze ¹¹.

La qualificazione basata sulle reali competenze delle imprese passa però, necessariamente, dalla valutazione dei requisiti di materialità (attrezzature, personale qualificato ed esperienze pregresse) nonché dal concreto svolgimento delle attività oggetto della qualificazione (inimmaginabile, quindi, una prosecuzione dell'applicazione dell'attuale art. 85 del Regolamento 207/10 con possibilità di conseguire una qualifica sulla base di lavori subappaltati e svolti, quindi, da altri).

Del resto lo stesso art. 60 della Direttiva Appalti prevede, tra le altre cose, che la capacità economica e finanziaria nonché quella tecnica possano essere provate seguendo le indicazioni riportate nell'Allegato XII, parte 1 e 2. In particolare, per quanto riguarda la capacità tecnica, l'allegato XII cita esplicitamente "l'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni ...", con ciò stesso ponendo l'accento sulla concreta e diretta realizzazione dei lavori, cosa che esclude decisamente la possibilità di riproposizione del citato art. 85 del DPR 207/10.

Il recepimento della Direttiva deve costituire anche occasione per **perfezionare il quadro delle categorie specialistiche a qualificazione obbligatoria e cd. "superspecialistiche"** come risultante dal DPR 30.10.2013 e dall'art. 12 del DL 28.3.2014, n. 47. In particolare, sembra indispensabile operare un avveduto e puntuale ampliamento del novero delle lavorazioni specialistiche a qualificazione obbligatoria a tutte quelle prestazioni che, *«in ragione dell'assoluta specificità strettamente connessa alla rilevante complessità tecnica o al*

¹¹ Recita l'art. 58 della Direttiva Appalti a proposito dei Criteri di Selezione delle capacità tecniche e professionali: *"le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità"; "le amministrazioni possono esigere che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza..."*

notevole contenuto tecnologico, richiedono l'esecuzione da parte di operatori economici in possesso della specifica qualificazione ¹²».

Sul punto non si può non sottolineare come il Parere del Consiglio di Stato 3014/2013 abbia osservato che, in sede di adozione del Regolamento, l'individuazione delle opere specialistiche a qualificazione obbligatoria avrebbe richiesto una attenta valutazione, al fine di realizzare un più equilibrato contemperamento tra due opposte esigenze: da un lato, consentire all'impresa munita della qualificazione OG di poter svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari e normalmente necessarie per completare quello che è l'intervento che costituisce l'oggetto principale della sua qualificazione; dall'altro, imporre, invece, il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi che, per la loro rilevante complessità tecnica, per il loro notevole contenuto tecnologico o l'alto livello di professionalità, richiedono competenze particolari.

La differenza tra il concetto di "*lavorazioni complementari, normalmente necessarie*" (per le quali potrebbe essere logico ritenere che l'impresa generale sia abilitata ad eseguire in proprio) ed "*interventi dotati di complessità tecnica e tecnologica*" nonché di particolare professionalità (per i quali è necessario l'intervento diretto dell'impresa dotata di adeguata specializzazione) deve essere la stella polare nell'individuazione delle categorie a qualificazione obbligatoria, anche nel presente procedimento di revisione normativa ¹³.

Alla luce di quanto sopra, tutto il futuro sistema di qualificazione, qualora non si avvii, con il DGUE, un sistema di qualificazione in gara ma si prosegua con l'attuale sistema di prequalifica, dovrebbe prevedere l'individuazione di più severi ed univoci meccanismi di controllo e/o di certificazione SOA (o equivalente) che affianchino ad una verifica sostanzialmente documentale un controllo di "materialità" attinente alle qualificazioni conseguite proprio al fine di garantire con certezza la reale capacità di operare in un appalto da parte dell'impresa, nonché sanzioni che prevedano l'esclusione dalla contrattazione con la P.A., per almeno 1 anno, per le imprese che dichiarano il falso circa i requisiti tecnici ed organizzativi posseduti.

¹² Così la premessa del D.M. del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 24.4.2014.

¹³ In allegato alla presente nota si riportano, a titolo di esempio, approfondimenti relativi a settori specifici come le Barriere Paramassi, Fermaneve e simili

E' opportuno che il futuro Codice riprenda testualmente le indicazioni della lettera uu) del comma 1, art. 1 della Legge Delega in merito ai criteri che devono presiedere alla revisione del vigente sistema di qualificazione ¹⁴.

I criteri di premialità devono essere elementi aggiuntivi e in nessun caso sostitutivi dei criteri di cui al paragrafo precedente e potrebbero basarsi su: affidabilità impresa, corretti tempi di realizzazione, basso livello di contenzioso ingiustificato, minimo numero di varianti richieste, storia aziendale, ecc.

RIORDINO E SEMPLIFICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI RELATIVI AI BENI CULTURALI

(Art. 1, comma 1, lett.o) Legge Delega)

Dal momento che nella Direttiva Appalti non si fa alcuno specifico riferimento al settore dei **Beni Culturali** - tematica cui il nostro Paese, per evidenti ragioni, è molto sensibile - è assolutamente condivisibile il suo inserimento tra i criteri della Legge Delega.

Nelle relative previsioni sarà necessario rafforzare e valorizzare l' articolata normativa già vigente in materia, anche prevedendo un regime regolatorio parzialmente diverso e specifico rispetto alla norma generale che tenga conto delle esigenze di tutela di rango costituzionale anche ai fini della determinazione di specifici criteri di selezione e procedure di aggiudicazione.

REVISIONE DEL PIANO GENERALE DEI TRASPORTI

(Art. 1, comma 1, lett.sss) Legge Delega)

Il superamento della c.d. Legge Obiettivo, previsto dalla Legge Delega e con il quale si concorda, dovrebbe tradursi in una sua vera e propria destrutturazione con conseguente eliminazione anche della figura intermedia del *General Contractor*.

¹⁴ << ...amageneità, 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>> lettera uu) citata

Questa figura oltre a non svolgere, nella maggior parte dei casi, un ruolo significativamente diverso da quello dell'appaltatore generale negli appalti "normali" e condurre, spesso, ad un aumento dei costi dell'opera, ha pesantemente penalizzato le piccole e medie imprese, soprattutto specialistiche e superspecialistiche confinate nell'ambito del subappalto con conseguente indebolimento delle professionalità e degli investimenti in innovazione. Ciò non solo per i margini di remunerazione della propria attività (continuamente decrescenti) ma anche per una mancanza di coinvolgimento nella "gestione" della gara che, oltre a non consentire la crescita aziendale delle imprese specialistiche, ha condotto a forme sempre più marcate di "deresponsabilizzazione/disinteresse" imprenditoriale.

VALORIZZAZIONE DELLE ESIGENZE SOCIALI, DI SOSTENIBILITA' AMBIENTALE E DI STABILITA' OCCUPAZIONALE

(Art. 1, comma 1, lett.ddd) Legge Delega; art. 18 paragrafo 2 Direttiva Appalti)

La nuova impostazione data alle Direttive Appalti onde diventino anche strumenti di politica economica, oltre che usuale mezzo di acquisizione di risorse per le pubbliche amministrazioni, ha comportato l'inserimento di importanti principi che devono guidare l'aggiudicazione dell'appalto; tra questi il rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro.

Con specifica attenzione a quest'ultimo punto (obblighi in materia di lavoro) sia la Direttiva Appalti (art. 18) che la Legge Delega [*si vedano anche le lettere fff) e ggg)*] fanno riferimento all'applicazione del Contratto Collettivo di Lavoro (il non rispetto del quale diventa addirittura causa di esclusione dall'appalto ai sensi dell'art. 57 della Direttiva citata).

La misura è certamente condivisibile, ma **dovrebbe essere chiaro che il CCNL cui si fa riferimento è ogni possibile contratto collettivo di lavoro, definito dalla contrattazione collettiva del settore specialistico di riferimento e coerente con l'attività - sia essa un lavoro o un servizio - svolta in cantiere e non solo quello edile**, come da alcune parti si vorrebbe, invece, sostenere.

Occorre, a questo proposito, ancora una volta richiamare l'attenzione del Normatore sul fatto che nel mondo delle costruzioni vi sono contratti applicati tanto quanto quello edile.

Fondamentale è anche la previsione in merito alla valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale che trovano il giusto corollario non solo in un maggior impegno nella

tutela dei livelli occupazionali, ma anche nella valorizzazione della territorialità e della filiera corta che dovrebbe andare a vantaggio anche del Made in Italy.

INTRODUZIONE DI UN SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI PRESSO ANAC

(Art. 1, comma 1, lett. bb) Legge Delega)

L'auspicabile notevole riduzione e conseguente professionalizzazione in base alle effettive capacità organizzative e tecnico-professionale delle stazioni appaltanti, anche attraverso un sistema di *rating* non meno selettivo di quello cui dovrebbero essere soggetti i partecipanti alla gara, è *conditio sine qua non* per andare verso un sistema di appalti che sia più moderno, efficiente e qualificato.

Questo non solo a garanzia di un corretto uso delle risorse pubbliche, ma anche a tutela del mercato degli appalti; come già detto a proposito delle Stazioni Uniche Appaltanti, la qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici deve essere di supporto alla capacità di programmare, dividere in lotti, progettare individuando correttamente tutte le lavorazioni presenti nell'appalto, bandire e gestire la gara nonché sovrintendere alla successiva fase esecutiva.

PUBBLICITA' E TRASPARENZA DELLE PROCEDURE ANCHE PER AFFIDAMENTI IN HOUSE

(Art. 1, comma 1, lett. eee) Legge Delega; art. 12 Direttiva Appalti)

Le attività svolte "*in house*" tramite società appositamente costituite tra più amministrazioni aggiudicatrici senza il rispetto delle previsioni in materia di appalti pubblici rappresenta, per definizione, un vulnus alla libera concorrenza ed una, spesso ingiustificata, sottrazione al mercato di attività che potrebbero essere meglio espletate, anche nello stesso interesse della committenza, da imprese private.

Il vulnus alla concorrenza diventa più evidente quando, poi, si consenta, come da previsione della Direttiva, a queste società, cresciute e fortificate all'ombra di un "regime di privilegio", di svolgere sul mercato una parte delle proprie attività.

Sarebbe dunque opportuno che la possibilità, prevista dalla Direttiva, di svolgere sul mercato "libero" meno del 20% dell'attività di queste imprese sia ulteriormente ridotta fino all'azzeramento.

Discutibile è anche la possibilità che queste società siano compartecipate da privati (i c.d. "soci industriali") a patto che questi stessi non possano esercitare "controllo o potere di veto"; la loro presenza non può che configurarsi come l'accesso ad un'area economica riservata e non certamente aperta alla concorrenza.

Si auspica che questa previsione venga del tutto eliminata consentendo a queste società non solo di svolgere la propria attività in maniera esclusiva e dedicata alla propria amministrazione (o ad altre con cui l'amministrazione abbia stipulato accordi), ma anche di essere costituite di solo capitale pubblico, con obbligo di bilancio in attivo pena la liquidazione coatta delle stesse.

Parzialmente diverso è il caso della pleora delle società di proprietà o partecipate da singoli enti o amministrazioni che nel nostro Paese hanno raggiunto la cifra di 8.000 unità (10.000 secondo altre fonti).

Di queste stesse il Legislatore aveva proposto e poi stralciato, per approfondimenti, nel Decreto c.d. "Sblocca Italia" una necessaria e profonda revisione con ipotesi di soppressione per quelle che mantenevano bilanci in passivo, che svolgevano attività non previste dall'oggetto statutario e che effettuavano attività che potevano utilmente essere espletate con risorse interne.

E' pienamente condivisibile quanto in quella fase proposto dal Legislatore perché è fondamentale che tutti gli Enti Pubblici che non possano in economia e/o tramite risorse interne soddisfare un proprio bisogno non sottraggano al mercato consistenti fasce di attività costituendo una propria società operativa, ma utilizzino i normali mezzi dell'appalto o della concessione per dare una risposta ai loro bisogni.

Anche per questo tipo di società più strettamente *in house* in quanto afferenti ad un unico soggetto pubblico, valgono le considerazioni di cui sopra in merito al fatturato conseguito sul mercato, alla presenza di capitali privati ed all'obbligo di pareggio di bilancio, nel caso in cui il dettato comunitario venga integralmente recepito.

Ad entrambe le situazioni dovrebbero essere integralmente applicate le previsioni della lettera eee] in merito alle procedure di affidamento necessarie per garantire pubblicità e trasparenza, nonché in merito al controllo da esercitarsi su questi soggetti da parte di Anac.

METODI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE ALTERNATIVI AL RIMEDIO GIURISDIZIONALE

(Art. 1, comma 1, lett. aaa) Legge Delega)

Nell'ambito della razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie andrebbe concretamente privilegiato l'arbitrato secondo codici di procedura semplici, sull'esempio dell'attuale precontenzioso ANAC.

Il contenzioso arbitrale dovrebbe essere sviluppato in strutture regionali composte da esperti in appalti nominati dalla PA (utilizzando ad esempio le strutture degli attuali Osservatori Regionali) alla cui attività partecipino, con funzione puramente referente, soggetti nominati dalle Associazioni di Categoria maggiormente rappresentative delle macro tipologie di lavori pubblici, in ambito locale e/o nazionale.

Il parere di precontenzioso dovrebbe essere fornito entro 20 giorni, trascorsi i quali la gara sarebbe aggiudicata in via definitiva.

Le decisioni arbitrali non dovrebbero essere vincolanti ma, nel caso in cui il soccombente decidesse di ricorrere al giudice amministrativo e venisse confermata la decisione espressa in sede di arbitrato, allo stesso sarebbero addebitate le spese di giudizio della controparte a cui si sommerebbe una sanzione per la causa temeraria pari al 10% dell'importo della gara.

In sede di deposito del ricorso al TAR dovrebbe essere altresì versata, da parte del ricorrente, una cauzione a copertura di tali oneri.

Nel caso di ricorso al giudice amministrativo, l'aggiudicazione non dovrebbe poter essere annullata ed, in caso di soccombenza della PA, dovrebbe essere stabilito unicamente il ristoro del lucro cessante in misura prefissata normativamente.

DISCIPLINA APPLICABILE AI CONTRATTI SOTTO SOGLIA E DISCIPLINA PER L'ESECUZIONI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE IN ECONOMIA

PUBBLICITA' E TRASPARENZA DELLE PROCEDURE ANCHE PER GLI APPALTI PUBBLICI ED I CONTRATTI DI CONCESSIONE SOTTO SOGLIA

(Art. 1, comma 1, lett. g) Legge Delega); (Art. 1, comma 1, lett. ii) Legge Delega)

Si apprezza il fatto che la Legge Delega ponga le basi per una specifica regolamentazione per gli appalti che si collocano al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria prevedendo, da una parte, semplificazioni e snellimenti procedurali e, dall'altra, un medesimo grado di pubblicità e trasparenza nell'espletamento della gara.

E' però necessario che, a prescindere dalle attuali previsioni per i lavori sotto i 150mila euro (che dovrebbero restare tal quali), si continui a prevedere, al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria, una prequalifica basata sulla concreta verifica della consistenza degli elementi qualificanti l'attività (personale, attrezzature, esperienza) basata non solo su puri controlli formali e cartacei ma anche su verifiche reali e materiali

CONTO DEDICATO

(Art. 1, comma 1, lett. q), numero 4 Legge Delega)

Nell'ambito delle misure di trasparenza relative alle procedure di gara ed alle fasi ad essa prodromiche e successive, viene ribadito il ricorso ai conti dedicati per le imprese aggiudicatarie ed i loro subaffidatari.

L'uso di un conto dedicato è misura già in essere (L 136/2010), ma la lunghezza della filiera che deve attenersi alle indicazioni di un conto dedicato è stato argomento che ha creato non pochi problemi alle imprese soprattutto di fornitura.

Ad oggi la filiera coinvolta sembra sufficientemente chiara alla luce del DL 187/2010 e della Determinazione AVCP n. 4 del 7 luglio 2011.

Minore chiarezza c'è invece sul Conto Corrente Dedicato che, a detta del DL e della Determinazione citati, può essere anche non esclusivo per tutti i cantieri ed usato altresì per finalità diverse dai pagamenti relativi all'appalto, mentre invece secondo al Delibera CIPE n.15/2015, e limitatamente alle c.d. "Grandi Opere" (Parte II, Titolo III, Capo IV del vigente

Codice dei Contratti), il Conto Corrente deve essere esclusivamente dedicato allo specifico appalto.

Queste differenti disposizioni, tra le altre cose previste da fonti che non hanno la medesima valenza normativa, anche alla luce del già citato “superamento” della c.d. “Legge Obiettivo” (L 443/2001), dovrebbero, nelle previsioni del futuro codice, essere omogeneizzate.

COSTO DEL CICLO DI VITA E SOSTENIBILITA' ENERGETICO AMBIENTALE

(Art. 1, comma 1, lett. p) Legge Delega; art. 68 Direttiva Appalti)

Innovativa e condivisibile è la previsione secondo la quale un'offerta può essere valutata anche con riferimento al costo del Ciclo di Vita (LCA – *Life Cycle Assessment*/ LCC – *Life Cycle Costing*) del bene oggetto dell'appalto; occorrerebbe, però, indicare **criteri di valutazione omogenei e condivisi dalla comunità scientifica**, affinché le Stazioni Appaltanti si indirizzino in maniera univoca nelle decisioni relative a quest'argomento.

Il costo del ciclo di vita, previsto non solo come criterio di aggiudicazione nel caso dell'OEPV ma anche come specifica tecnica per prodotti e servizi, dovrebbe tener conto sia del costo del ciclo di vita dei prodotti e dei servizi incorporati nell'opera che di quello connesso alla costruzione, gestione/manutenzione e fine vita dell'opera stessa ¹⁵.

Il rispetto di prescrizioni di sostenibilità energetica e ambientale (ma anche economica e sociale) dovrebbe comportare **misure premiali** nel caso in cui non sia specificatamente previsto nel bando di gara come elemento obbligatorio dell'offerta.

SOCCORSO ISTRUTTORIO

(Art. 1, comma 1, lett. z) Legge Delega)

La stratificazione delle norme che si sono succedute in questi anni in merito al c.d. “Soccorso Istruttorio” ha creato incertezza nelle imprese che partecipano alle gare in merito a quali siano i limiti entro i quali i concorrenti possono integrare la documentazione di gara.

¹⁵ Considerando 75 e 88 della Direttiva Appalti; Lettera b), p), ddd) art. 1 comma 1 Legge Delega

Occorrerebbe, quindi, riscrivere la norma precisando in modo chiaro, quali sono le dichiarazioni ed i documenti che i concorrenti possono integrare evitando la sanzione dell'esclusione e quali no.

Tutto questo anche alla luce di una giurisprudenza non univoca.

Altro aspetto da chiarire del soccorso istruttorio riguarda la sanzione da pagare, dal momento che non è chiaro se il pagamento debba avvenire solo nel caso in cui l'impresa attivi il soccorso istruttorio venendo riammessa alla gara o in ogni caso.

Anac ritiene che la sanzione vada pagata solo se si chiede e si ottiene la riammissione in gara, parte della giurisprudenza (compreso il P.G. della Corte dei Conti) ritiene che essa vada pagata in ogni caso

DOCUMENTO DI GARA UNICA EUROPEO

(Art. 1, comma 1, lett aa) Legge Delega; art. 59 Direttiva Appalti)

Alla luce del vigente sistema degli appalti, si rileva una criticità in merito alla possibilità di autodichiarare il possesso dei requisiti per partecipare alle gare e l'assenza di cause di esclusione attraverso il **Documento di Gara Unica Europeo**.

Questa dichiarazione, che si dovrà opportunamente basare sul recente modello predisposto dalla Commissione Europea (Regolamento 2016/7/UE del 5 gennaio 2016) al fine di evitare un'eccessiva eterogeneità delle dichiarazioni e che nasce con l'intento di favorire la partecipazione degli operatori economici comunitari alle gare di tutta Europa, potrebbe entrare in conflitto, se non opportunamente coordinato, con il sistema di certificazione SOA (comunque previsto, in linea generale, dall'art. 64 della Direttiva) o comportare un aumento di oneri a carico delle imprese.

Sarebbe, dunque, opportuno che l'accettazione del DGUE avvenga solo, come dice l'art. 59 della stessa Direttiva "in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico in questione soddisfa...." le condizioni richieste per l'appalto.

In linea con la previsione del DGUE potrebbe essere il passaggio dall'attuale sistema di prequalifica alla **qualificazione gara per gara** (cominciando a fare una sperimentazione, per esempio, per lavori sopra i 5 milioni di euro all'entrata in vigore del nuovo sistema ed a

regime - in un tempo da definirsi anche in relazione allo sviluppo di una maggiore professionalità e capacità organizzativa, **nonché riduzione di numero**, delle SA - comunque sopra la soglia di 1.5 milioni di euro complessivi).

Per questo tipo di qualificazione dovrebbe essere richiesta la dimostrazione della concreta esecuzione di lavori analoghi, il possesso di adeguati requisiti economici, adeguata struttura tecnica ed adeguate attrezzature (in ogni caso, requisiti più stringenti rispetto a quelli attuali di qualificazione SOA).

La prequalificazione Soa (o equivalente) continuerebbe, in ogni caso, **ad operare al di sotto delle soglie** suddette .

Per gli appalti di lavori che si collocano **al di sotto di una eventuale soglia di qualificazione**, dovrebbe continuare a trovare vigenza l'attuale sistema.

In ogni caso, sia che la qualificazione avvenga sopra che sotto soglia comunitaria, è di fondamentale importanza che chi provvede a fornire la prequalifica o a valutare l'idoneità alla gara, possa e debba concretamente verificare la veridicità e la consistenza degli elementi qualificanti l'attività [personale, attrezzature, esperienza] integrandosi definitivamente i puri controlli formali e cartacei con delle verifiche reali e materiali.

In particolare è di palese evidenza come, per determinare concretamente le specificità delle categorie di lavorazione, sia imprescindibile dare contenuto ad un quadro in cui, **per ogni singola categoria, siano individuati gli elementi caratterizzanti e significativi della stessa sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo** ¹⁶.

Appare, poi, rilevante il ruolo che la certificazione SOA potrà continuare a svolgere in sede di verifica, ai fini della certificazione, del possesso dei requisiti autodichiarati (il principio dell'autodichiarazione dovrebbe permanere) soprattutto nell'ambito dei lavori eseguiti presso privati, nonché in coordinamento con il sistema AVCPass.

¹⁶ Tentativo che era stato già fatto dal Ministro delle Infrastrutture al momento dell'elaborazione dell'Allegato A1 al Regolamento 207/2010, poi stralciato.

APPALTI MISTI

(Art. 3 Direttiva Appalti)

Il criterio scelto nella Direttiva Appalti, per qualificare l'appalto misto, è quello **dell'oggetto principale**, ma viene conservata anche la possibilità che, **allorquando separabili, le varie parti dell'appalto vengano trattate separatamente.**

Al riguardo, è opportuno (se non anche necessario) che in fase di recepimento delle Direttive, si evidenzi che dagli appalti "misti" devono essere tenuti distinti quelli che hanno ad oggetto le "forniture con posa in opera", qualora si tratti di prestazioni riconducibili ad una delle declaratorie delle categorie specialistiche di "lavori", di cui all'attuale Allegato A del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti Pubblici (ad esempio, nel caso della OS 18-A, OS 18-B, OS 32 ecc).

Tali prestazioni, infatti, sono state già qualificate dal Legislatore come lavori a prescindere dalla circostanza che nella descrizione della declaratoria vi sia una espressa menzione anche della componente "fornitura" (in tal senso, si veda anche la Determinazione dell'AVCP n. 12 del 22 maggio 2001).

Pertanto, al fine di evitare l'elusione delle norme che disciplinano il sistema di qualificazione, andrebbe precisato che in tutti i casi in cui gli appalti abbiano ad oggetto "forniture con posa in opera" riconducibili in maniera "formale" ad una delle categorie di "OS", o in maniera "sostanziale" ad una delle lavorazioni che compongono l'appalto si è sempre in presenza di appalti di "lavori" e le relative prestazioni non possono essere artificiosamente separate in appalti di "forniture" di materiali ed in attività di "posa in opera" degli stessi.

PRINCIPI PER L'AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI

(Art. 120, comma 5, Codice del Processo Amministrativo)

Nel processo amministrativo è previsto (art. 120, comma 5 c.p.a.) che il ricorso, principale o incidentale - ed i motivi aggiuntivi - nel settore degli appalti pubblici, debbano essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente (per il ricorso principale e per i motivi aggiunti) dalla ricezione della **comunicazione di cui all'art. 79 del D.Lgs 12 aprile 2006 n. 163**, che comunica ai partecipanti, tra le altre cose, l'aggiudicazione definitiva.

Il problema è che tale “aggiudicazione” è definitiva ma non anche efficace dal momento che diverrà tale solo dopo che la S.A. avrà effettuato la verifica del possesso dei requisiti in capo all’aggiudicatario.

In tale contesto le imprese si trovano, quando necessario, ad impugnare un’aggiudicazione definitiva (sostenendo, quindi, le spese del contributo unificato e legali) salvo poi dover abbandonare il ricorso laddove la S.A. non confermi tale aggiudicazione definitiva.

Per questo motivo sarebbe necessario prevedere nel futuro Codice che la S.A. comunichi ai concorrenti l’esito positivo del controllo dei requisiti in capo all’aggiudicatario (c.d. aggiudicazione definitiva efficace) e solo da questo momento decorra il termine di trenta giorni per proporre eventuale ricorso.

Roma 29 gennaio 2016

Allegato 1: Posizione Accredia in tema di Avvalimento

Allegato 2: Approfondimento relativo al settore Barriere Paramassi, Fermaneve e simili