

**PROPOSTE DI RIFORMA PER IL RECEPIMENTO
DELLE DIRETTIVE COMUNITARIE
APPALTI DI LAVORI**

Premessa

L'Aniem ritiene che il recepimento delle direttive comunitarie debba costituire un'opportunità da cogliere per rendere più competitivo ed avvicinare il nostro sistema economico ai mercati internazionali, semplificando la disciplina normativa e valorizzando le specificità del sistema imprenditoriale interno caratterizzato, come noto, da aziende di micro, piccole e medie dimensioni.

In questo senso apprezziamo i riferimenti della Direttiva finalizzati a favorire la partecipazione delle Pmi, a perseguire una migliore qualificazione, ad incentivare e premiare qualità ed innovazione tecnologica, ad adottare inequivocabilmente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale metodo ordinario di aggiudicazione degli appalti, a garantire la massima trasparenza anche ricorrendo a strumenti elettronici di semplificazione.

Le scelte del Legislatore europeo e l'intenzione dello stesso Ministero Infrastrutture di favorire una riforma incisiva improntata sul concetto di *soft law* rendono pertanto possibile la realizzazione di una svolta storica nella nostra cultura legislativa, tradizionalmente improntata alla proliferazione ed alla stratificazione di disposizioni legislative e regolamentari aventi la pretesa di gestire minuziosamente, in modo vincolante diretto, ogni fase dell'appalto.

La convinzione maturata da Aniem tende, pertanto, a responsabilizzare i soggetti protagonisti del sistema, vincolandoli al rispetto degli impegni assunti, nell'ambito di un

contesto di principi generali e di “cornice giuridica” che abbia il solo obiettivo di far emergere gli operatori più qualificati in un clima di massima trasparenza e competitività.

Tali esigenze assumono rilievo anche in considerazione dell’evoluzione legislativa che ha caratterizzato la disciplina degli appalti pubblici in Italia negli ultimi 20 anni: fin dalla Legge Merloni del 1994 i pilastri giuridici sui quali si fondava la funzionalità del nostro sistema normativo erano costituiti da una progettazione affidabile, da un sistema di qualificazione riformato dopo l’esperienza dell’Albo Nazionale Costruttori e da un adeguato sistema di garanzie bancario ed assicurativo.

Certamente dobbiamo prendere atto che i primi due obiettivi non sono stati raggiunti e che, pertanto, proprio sulla fase progettuale e selettiva degli operatori occorra introdurre modifiche incisive e strutturali.

Ciò premesso, e alla luce di quanto sembra potersi dire condiviso dal Ministero, presentiamo una serie di indicazioni propositive, estremamente sintetiche e, ci auguriamo, sufficientemente chiare, che possono costituire linee di orientamento prioritarie per il recepimento delle direttive europee e la rielaborazione del Codice dei Contratti.

PROGETTAZIONE

La fase progettuale deve essere assolutamente valorizzata ed il livello progettuale posto a base di gara deve vincolare necessariamente il criterio di aggiudicazione.

In particolare, in presenza di un progetto esecutivo l'aggiudicazione non potrà che avvenire attraverso il massimo ribasso (non avrebbe senso prendere in considerazione varianti migliorative) con relativa responsabilizzazione del progettista.

Il progetto esecutivo dovrà essere validato in modo esaustivo (cioè con il controllo completo di ogni elaborato e procedura) da organismo terzo di adeguato livello (in relazione all'importo delle opere), che presti adeguata garanzia sulla piena correttezza degli atti progettuali e procedurali, nel rispetto di tempi certi e celeri, individuabili in limite massimo di 30 giorni.

Tale possibilità è peraltro espressamente prevista dall'art. 67 comma 2 della Direttiva 2014/24/UE che consente agli Stati membri di usare il solo prezzo come unico criterio di aggiudicazione per determinati tipi di appalti.

Qualora, viceversa, fosse messo in gara un progetto preliminare, il criterio di aggiudicazione sarà quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo in questo caso ampiamente giustificabili varianti migliorative del progetto.

In tale caso non sarà consentito inserire tra le condizioni del bando la acquisizione del progetto definitivo in sede di gara, poiché generante enormi costi per la comunità. Il progetto preliminare dovrà essere validato come *supra*.

SANZIONI PER IRREGOLARI DICHIARAZIONI IN SEDE DI GARA

In virtù della sopra ricordata direzione di riforma improntata sul concetto di *soft law* e di riconoscimento di maggiori garanzie alle Pmi, intrapresa dalla nuova Direttiva, si ritiene di dubbia coerenza la recentemente introdotta disciplina riguardo la comminazione di una sanzione pecuniaria per *“mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive”* (articolo 38, comma 2-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Si denuncia l’approccio meramente fiscale nei confronti dell’operatore, in virtù dell’imposizione *tout court* della sanzione in favore della stazione appaltante per mancata o inesatta presentazione di documentazione, a prescindere da qualsiasi riferimento a progressività della stessa in virtù di criteri temporali.

Se risulta apprezzabile e condivisibile l’obiettivo della cancellazione dell’automatismo di esclusione dalla gara per semplici dimenticanze, il tenore letterale della norma farebbe propendere per un’interpretazione inaccettabilmente sfavorevole soprattutto per le Pmi, già vessate da pesanti oneri fiscali nonché documentali, per cui l’incameramento *pro quota* della cauzione provvisoria, che viene riconosciuta anche come garanzia del pagamento di detta sanzione, diverrebbe doveroso anche se queste abbiano regolarizzato la loro posizione sul piano documentale entro il termine stabilito nel bando di gara: da ultimo, la Determinazione ANAC in merito, specifica chiaramente come *“non incida”* sul pagamento della sanzione *“la successiva integrazione e/o regolarizzazione da parte del concorrente”*. Per cui l’obbligo di pagamento viene scisso dal rispetto di termini perentori per l’esercizio della facoltà concessa al concorrente di emendare l’errore, e a prescindere dall’eventuale ammissione o meno dello stesso al prosieguo della gara.

L’impostazione attuale, così come applicata dalle stazioni appaltanti, rischia di comportare un pesante e insostenibile aggravio degli oneri economici a carico delle imprese.

Si ritiene necessario, dunque, un intervento emendativo della disciplina attualmente vigente in merito, che vada ad individuare specificatamente una progressione delle sanzioni applicabili ai fini della regolarizzazione documentale in sede di gara, in relazione a contestuale progressione temporale, limitando, sotto tale profilo, la discrezione delle stazioni appaltanti.

Tutto quanto sopra espresso, fermo restando la previsione di esclusione dalla gara in caso di mancata regolarizzazione per decorso dei termini, o per mancanza sostanziale dei requisiti.

SISTEMI DI GARA

Coerentemente con quanto già anticipato sul ruolo centrale e fondamentale della progettazione, appare evidente la necessità di pervenire ad una valutazione sostanziale delle offerte che premi e valorizzi la specificità operativa dell'impresa; in questo senso l'Aniem condivide la scelta del Legislatore europeo e ritiene che il criterio dell'OEPV sia quello più idoneo a realizzare gli obiettivi di una ottimale selezione del soggetto che dovrà realizzare l'opera.

L'art. 67 della Direttiva 2014/24/UE, infatti, prevede che, fatte salve disposizioni particolari relative a "determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

Al contempo, la citata Direttiva chiarisce che tale criterio deve essere interpretato nel senso di "miglior rapporto qualità/prezzo, che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo". Analogamente la Direttiva precisa che "tale valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia" (Considerando n. 90, Direttiva 2014/24/UE).

L'OEPV può dispiegare appieno le sue potenzialità solo in presenza di determinate caratteristiche.

In questo contesto, Aniem ha elaborato una sua proposta contenente linee guida caratterizzate dai seguenti principi.

In particolare è stato previsto che in ragione del carattere preferenziale che si è voluto attribuire al sistema dell'OEPV, ancor più oggi alla luce della nuova Direttiva, sia necessario assegnare all'elemento prezzo un coefficiente variabile dal 25% al 35% del punteggio finale e all'elemento tecnico il restante 75% - 65%: la discrezionalità nella scelta delle percentuali deve temperarsi in ragione della maggiore o minore difficoltà tecnica dell'opera da realizzare, laddove questa sia elevata tanto più si dovrà privilegiare l'incidenza degli elementi tecnici.

In ordine all'elemento tecnico si precisa che lo stesso debba articolarsi in una serie di sub-elementi variabili nel numero, ma tutti ricollegabili al programma dei lavori o al piano di lavoro.

Per programma o piano di lavoro deve intendersi il complesso dell'offerta qualificabile sul piano tecnico in base ad una pluralità di elementi che consentano il rispetto di una specifica tempistica realizzativa (migliorie tecniche offerte, qualità e la quantità ed esperienza dello staff-tecnico-operativo, qualità e quantità del personale operaio, qualità del sistema di sicurezza del lavoro, organizzazione del cantiere, qualità dei materiali e delle tempistiche di fornitura anche in rapporto alla loro eco-compatibilità, disponibilità all'esecuzione in proprio dei lavori, minimizzazione dei sub-affidamenti, la valorizzazione della riduzione dell'impatto ambientale e del risparmio energetico). Si evidenzia che i criteri di aggiudicazione esemplificativamente elencati sono in linea con le indicazioni di cui all'art. 67 comma 2 della Direttiva 2014/24/UE.

Elemento fondante della proposta Aniem anche in questo caso è la responsabilizzazione degli operatori: ove si verificasse inadempimento dell'appaltatore anche su uno solo degli elementi indicati in sede di offerta, deve prevedersi clausola risolutiva espressa (ex art. 1456 c.c.) del rapporto per fatto e colpa dello stesso appaltatore con escussione della fideiussione e segnalazione alla competente Autorità per gli opportuni provvedimenti sanzionatori.

Altro elemento irrinunciabile riguarda la composizione della Commissione giudicatrice. Per favorire la massima trasparenza, obiettività e professionalità, da parte delle Commissioni, si propone l'istituzione di un Albo di Commissari aperto anche ai professionisti cittadini dell'Unione Europea e pubblicizzato nell'ambito dell'Unione Europea. La scelta dei Commissari diversi dal Presidente dovrà avvenire per sorteggio pubblico.

INFORMAZIONI E PUBBLICITA'

Al di là degli obblighi di pubblicità e di informativa previsti per gli appalti sopra soglia dalle direttive comunitarie, si propone che ogni stazione appaltante pubblichi sul proprio sito tutte le informazioni utili per una corretta e tempestiva conoscenza degli appalti.

Gli artt. 48 e 53 della Direttiva 2014/24/UE, peraltro, già prevedono che le amministrazioni aggiudicatrici svolgano questa attività informativa fin dalla fase di programmazione pubblicando, anche sul profilo della committente, avvisi di preinformazione circa l'intenzione di programmare appalti e rendendo accessibili tramite Internet i bandi, gli avvisi e tutta la relativa documentazione.

Le medesime esigenze di trasparenza e di garanzia di parità di trattamento giustificano l'ulteriore proposta di fissare riunioni tecniche convocate dal progettista con tutti i soggetti potenzialmente interessati alla gara presso l'Amministrazione ove dovranno svolgersi i lavori.

Parimenti, come indicato dall'art. 50 della Direttiva 2014/24/UE, entro 30 giorni dalla conclusione di un contratto, le amministrazioni aggiudicatrici dovranno rendere pubblici i risultati della procedura di aggiudicazione.

CENTRALI DI COMMITTENZA

L'obiettivo di ridurre il numero delle stazioni appaltanti, soprattutto per la gestione di appalti complessi e di importo rilevante, è assolutamente condivisibile.

Si ritiene, tuttavia, opportuno procedere ad una razionalizzazione che salvaguardi una presenza adeguata di enti appaltanti territoriali e che, in particolare, consenta anche agli enti territoriali di piccole dimensioni di continuare a gestire quegli appalti di interesse prettamente locale che presuppongono valutazioni programmatiche e di priorità che è preferibile restino nella competenza dei territori.

SISTEMA DI QUALIFICAZIONE:

L'attuale sistema di qualificazione ha fallito il suo obiettivo di rendere più efficace e selettivo il settore degli appalti pubblici di lavori.

In particolare, l'esasperata commercializzazione dell'attività di qualificazione, la parcellizzazione e le frequenti cessioni azionarie, la "staticità del sistema", le molteplici compravendite di rami aziendali si sono rivelati elementi degenerativi che hanno alimentato distorsioni invece di contribuire ad eliminarle. Ne è scaturito un sistema oneroso, scarsamente trasparente, eccessivamente burocratizzato.

Si propone pertanto un sistema di qualificazione più flessibile, dinamico, più rapportabile alla specificità delle opere messe in gara, diversificato in rapporto alla rilevanza economica dell'appalto anche al fine di favorire la ripresa economica dell'attività produttiva sui territori.

Occorre semplificare assolutamente le procedure ed alleggerire gli aspetti formalistici e burocratici che rallentano ed ostacolano la partecipazione del sistema imprenditoriale a quelle procedure concorsuali che devono coinvolgere prioritariamente le imprese locali.

Si segnalano, in questo contesto, gli artt. 59 e 61 della Direttiva 2014/24/UE che potrebbero avere un impatto fortemente innovativo nel nostro sistema.

Il primo riguarda il documento di gara unico europeo, in sostanza un'autodichiarazione che funge da prova documentale preliminare in sostituzione della certificazione rilasciata da autorità pubbliche o da terzi.

Altrettanto significativa appare la previsione di un registro on line dei certificati (e-Certis) disposta dall'art. 61 con la gestione da parte degli Stati membri di banche dati contenente certificati ed altre documentazioni costantemente aggiornate e spendibili quindi in tutto il mercato europeo.

Con l'attivazione di tali strumenti ed una contestuale razionalizzazione ed implementazione qualitativa delle stazioni appaltanti è possibile prefigurare un sistema

nel quale per gli appalti di lavori di importo inferiore ai 500.000 Euro si lasci ampia discrezionalità nella valutazione dei requisiti tecnico-economici alla stazione appaltante: tale potere discrezionale sarà tuttavia condizionato dal vincolo assoluto del rispetto del prezzo e della tempistica stabilita nel contratto con conseguente responsabilizzazione dell'impresa e del legale rappresentante dell'ente appaltante.

Per gli appalti di importo superiore i requisiti tecnico-economici saranno valutati dalla stazione appaltante in relazione con la previsione di requisiti più selettivi anche in rapporto alla specificità dell'opera appaltata.

La verifica dovrà concentrarsi principalmente sugli investimenti dell'impresa in attrezzature tecniche (individuando dai bilanci il costo storico delle attrezzature) e personale stabilmente impiegato (andranno presentati un organigramma dell'impresa ed i curricula dei soggetti significativi del processo produttivo, soprattutto per quanto attiene alle figure specialistiche).

L'individuazione e la definizione di tali requisiti saranno contenute in un regolamento cogente per tutte le stazioni appaltanti, in coerenza con quanto previsto dal *considerando* n. 94 della Direttiva 2014/24/UE (che richiama la valorizzazione del personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto), dall'art. 58 (Criteri di selezione) e dall'Allegato XII della Direttiva 2014/24/UE.

La prequalificazione Soa potrebbe restare a titolo volontaristico ed opzionale (come già avviene per le imprese straniere) per gli appalti al di sotto di un certo importo (ipotesi 1,5 milioni).

Coerentemente, infine, con quanto stabilito dall'art. 57, comma 4, lett. b) della Direttiva, si richiede che non sia consentita la partecipazione alle procedure di appalto alle imprese che abbiano stipulato un concordato con continuità aziendale.

AVVALIMENTO

Considerata la configurazione tipica del nostro tessuto produttivo e l'esperienza già maturata con l'applicazione dell'attuale disciplina è necessario apportare correttivi che garantiscano maggiore funzionalità e trasparenza.

Se non opportunamente disciplinato l'avvalimento rischia di essere un elemento di alterazione della concorrenza e di disincentivo all'investimento qualitativo ed alla specializzazione operativa.

In via prioritaria e nel perseguimento dell'indicazione di cui all'art. 63 comma 1 della Direttiva 2014/24/UE, si propone, a tutela delle amministrazioni aggiudicatrici e della correttezza del mercato, che le fideiussioni rilasciate debbano essere esclusivamente di natura bancaria.

Si ritiene altresì di dover impedirne l'utilizzo dell'avvalimento da parte di quei soggetti aggregati, quali i consorzi stabili, che già, per loro stessa natura, si avvalgono di sinergie imprenditoriali.

GARANZIE

Tutte le forme di garanzia fideiussorie previste dalla legislazione in tema di appalti pubblici devono essere di natura bancaria. Si tratta di un'esigenza che mira a rafforzare il sistema delle garanzie ed avvicinare il nostro mercato all'Europa.

LEGGE OBIETTIVO

Il sistema speciale giustificato con l'intento di colmare il gap infrastrutturale ed accelerare la realizzazione delle opere di interesse strategico nazionale ha palesemente ed oggettivamente fallito i suoi obiettivi.

La figura del *general contractor* ha prodotto un aumento dei costi dell'opera, un'emarginazione del ruolo delle pmi, relegate al ruolo di subappaltatori e fortemente penalizzate sia sotto il profilo economico che su quello della valorizzazione professionale.

Anche il sistema delle grandi opere, pertanto, deve essere ricondotto sotto la disciplina della legge ordinaria, evitando, in generale, il costante ricorso a leggi speciali giustificate dall'urgenza e/o dalla realizzazione di grandi eventi.

STRUMENTI DI AGGREGAZIONE E CONTRATTI DI RETE

L'esigenza di incentivare forme di aggregazione strutturata resta una priorità assoluta per il nostro Paese, caratterizzato, come noto, da una diffusa presenza di micro, piccole e medie aziende.

Si tratta, evidentemente, di un'esigenza finalizzata a migliorare la competitività del sistema produttivo anche in ambito internazionale.

Il contratto di rete, in particolare, può costituire uno strumento di forte impatto se messo in condizione di coglierne le potenzialità tipiche della sua stessa natura. La legge n. 51/2009 ha definito gli elementi e gli obiettivi principali del contratto di rete: accrescere, individualmente e collettivamente, la capacità innovativa e la competitività sul mercato di più imprese le quali si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni pur mantenendo la propria individualità.

L'istituto ha trovato già ingresso nel Codice Appalti, ma con una disciplina che di fatto lo equipara ad istituti giù esistenti (in particolare alle ati), non valorizzandone le specificità ed il grado di flessibilità.

Occorre pertanto meglio delineare l'identità del contratto di rete quale strumento legittimato ad intervenire nella fase esecutiva dell'appalto, anche quale soggetto contrattualmente legato a operatori affidatari di appalti come i consorzi stabili.

Ciò consentirebbe di creare "sistemi" di aggregazione strutturata disincentivando i subappalti ed i subaffidamenti che forniscono certamente minori garanzie all'ente appaltante oltre a rallentare le potenzialità di crescita del sistema.

Uno strumento, dunque, che realizza la massima flessibilità imprenditoriale, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese, nel rispetto di determinati e imprescindibili vincoli imposti dalla normativa sui lavori pubblici; le stazioni appaltanti,

naturalmente, sarebbero garantite dalla responsabilità solidale, dall'acquisizione preventiva del contratto di rete e dalla verifica della qualificazione delle imprese coinvolte.

Nel perseguimento dell'obiettivo di promozione delle pmi delineato dalle direttive dell'Unione Europea di recente introduzione, si evidenzia la necessità di interventi nella disciplina dei consorzi stabili, che possano consentirne una piena competitività anche in campo internazionale.

In particolare, è necessario far emergere la valenza politico-industriale del consorzio stabile quale figura permanente e strutturata di aggregazione di pmi, per favorirne la competitività in un sistema peculiare come il nostro, fortemente penalizzato nelle sue potenzialità rispetto ad analoghi sistemi imprenditoriali di altri Paesi. A livello internazionale non sempre c'è tale esatta percezione, e i consorzi stabili vengono spesso considerati semplici joint venture, con conseguente penalizzazione nella valutazione dei requisiti di partecipazione alle gare.

Invero, la figura giuridica del consorzio stabile, introdotta con la Legge Merloni, resta tipicizzata e riconosciuta solo nel nostro ordinamento, trovando difficoltà in sede internazionale nel momento in cui deve presentare i propri requisiti che non vengono riconosciuti come riconducibili unitariamente al consorzio, bensì alle singole imprese, equiparandone sostanzialmente gli effetti a quelli dei raggruppamenti temporanei e vanificando le potenzialità dell'aggregazione consortile.

Il tema assume particolare rilevanza per i bilanci aggregati che, allo stato attuale, sono di impossibile riconoscimento sull'estero, e per i quali, esemplificativamente, si potrebbe prevedere l'utilizzo di certificazioni di bilancio appositamente studiate, o strumenti di deposito presso enti accreditati (quantomeno a livello europeo).

Quale ulteriore intervento si richiede, quindi, che le Istituzioni nazionali competenti (Ministero Sviluppo Economico, Ministero Affari Esteri, Ministero Infrastrutture) si attivino nei confronti degli Stati esteri per concordare, attraverso la sottoscrizione di accordi bilaterali, il riconoscimento dei consorzi stabili nei rispettivi sistemi nazionali.

Inoltre, riteniamo debba essere maggiormente disciplinato l'utilizzo dell'avvalimento da parte dei consorzi stabili che, già per loro stessa natura, si avvalgono di sinergie

imprenditoriali, per evitare il rischio di alterazione della concorrenza e di disincentivo alla crescita qualitativa del sistema.