

Delega per il recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni

Il testo della Legge delega, è stato approvato in via definitiva al Senato, senza modifiche rispetto al testo precedentemente approvato dalla Camera.

Il contenuto della delega appare sostanzialmente positivo, anche se, una valutazione complessiva potrà essere formulata solo nel momento della riscrittura del nuovo Codice degli appalti pubblici, che declinerà concretamente i principi.

PRINCIPALI ASPETTI POSITIVI, IN LINEA CON LE POSIZIONI ANCE: Tabella riassuntiva

Indicazione di modalità di individuazione ed esclusione delle offerte anomale che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia negli appalti sotto soglia UE . <i>Il criterio risponde alle esigenze dell'Ance di introdurre un metodo "antiturbativa", in caso di esclusione automatica delle offerte anomale.</i>	lett. ff)
Mantenimento del criterio del prezzo più basso , definendone criteri e soglie di importo di applicazione obbligatoria . <i>Il criterio risponde all'esigenza di prevedere una fascia di appalti in cui non sia possibile applicare l'OEPV (ad esempio 2,5 mln).</i>	lett. ff)
Razionalizzazione, semplificazione e drastica riduzione delle disposizioni normative ; attribuzione all'ANAC di compiti di "soft law" (bandi tipo, linee guida), anche a carattere cogente e rafforzamento dei poteri di vigilanza .	lett. b),d), e) e t).
Abrogazione della garanzia globale di esecuzione c.d. "performance bond") a far data dall'entrata in vigore del decreto di riordino e sospensione della stessa nel periodo intercorrente tra la data di entrata in vigore della delega e quella di entrata in vigore del decreto di riordino, con estensione alle gare in corso, non aggiudicate provvisoriamente.	comma 11
Superamento/ riscrittura della legge obiettivo .	lett. sss)
Divieto di introdurre prescrizioni normative più gravose di quelle previste dalle direttive comunitarie (c.d. divieto di "Gold Plating").	lett. a),
Riordino della disciplina dei contratti pubblici per i beni culturali .	lett. o)

Predisposizione di procedure non derogabili riguardanti gli appalti pubblici ed i contratti di concessione.	lett. e)
Obbligo di applicare il Ccnl nazionale e territoriale in vigore per la zona e per il settore in cui si eseguono i lavori pubblici, il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto e svolta dall'impresa, anche in maniera prevalente.	lett. ggg)
Riduzione degli oneri a carico dei partecipanti alle gare e piena possibilità di integrazione documentale non onerosa (c.d. soccorso istruttorio) .	lett. z)
Forte limitazione della possibilità di ricorso all' avvalimento .	lett. zz)
Misure di contrasto alla corruzione negli appalti e nelle concessioni .	lett. q)
Misure a favore delle PMI , anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti e premialità per i concessionari che le coinvolgano in gara ed in fase di esecuzione. Conferma dell'obbligo di motivazione in caso di mancata suddivisione in lotti.	lett. ccc)
Introduzione di un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti gestito dall'ANAC.	lett. bb).
Rivisitazione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici (SOA), con previsione di criteri " reputazionali " per la qualificazione delle imprese , su dati oggettivi e misurabili.	lett. uu)
Razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato .	lett. ss) e tt)
Razionalizzazione dei metodi di soluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale , introduzione di un rito speciale per l'immediata risoluzione del contenzioso sui requisiti di partecipazione e previsione di forme di débat public.	lett. qq), bbb) e aaa).
Favor per la sostenibilità energetica e ambientale nell'ambito degli appalti.	lett. p).
Regolamentazione delle lobby .	lett. ppp)
Cancellazione dell' onere di rimborso della pubblicità di bandi e avvisi di gara a carico dall'aggiudicatario.	lett. s)
Per il sotto soglia, nonché per l'esecuzione di acquisti in economia, introduzione di una disciplina volta a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti , salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara.	lett. g)
Promozione dell'uso del Bim (Building information modeling). I progetti dovranno poi essere pubblicati on-line per permettere un'adeguata "ponderazione dell'offerta".	lett. oo) e q) punto 6
Divieto, per la stazione appaltante, di scegliere il collaudatore tra il personale di amministrazioni ubicate nella medesima regione . Si	lett. nn)

	dispone altresì la fissazione di un tetto ai corrispettivi.	
	Disciplina dei contratti segreti, con rafforzamento dei controlli preventivi e successivi della Corte dei Conti e dell'obbligo di motivazione.	lett. m)

PRINCIPI CONDIVISIBILI, DA AFFINARE/MIGLIORARE NELLA FASE DI RISCrittura DEL CODICE

	Previsione di un albo nazionale, gestito dall'ANAC, dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti e concessioni – nonché del responsabile dei lavori, DL e collaudatore nei affidamenti a General Contractor. Si ritiene preferibile che il sorteggio sia effettuato direttamente dall'ANAC. Il collaudatore dovrebbe essere sorteggiato anche per gli appalti ordinari.	lett.hh), mm)
	Obbligo di ricorrere alle Centrali di Committenza. Per i comuni non capoluogo di provincia, dovrebbe essere prevista una soglia d'importo sottratta da tale obbligo (pari, ad esempio a 500.000 Euro). Inoltre, andrebbe prevista una specifica regolamentazione dei rapporti tra i Comuni non capoluogo di Provincia e le centrali di committenza ovvero le Unioni di Comuni .	lett. dd).
	Revisione della disciplina sulla validazione dei progetti. Andrebbe chiarito che, fatti salvi gli appalti di importo contenuto (150.000 Euro), il soggetto validatore debba essere sempre esterno alla stazione appaltante	lett. rr)
	Maggiore qualità progettuale , con responsabilità del progettista, in caso di errori di progettazione. Va comunque superato il sistema della norma "taglia riserve".	lett. ee)
	Eliminazione dell'appalto integrato su progetto preliminare e possibilità di utilizzo di quello su progetto definitivo , tenendo conto del contenuto innovativo e tecnologico delle opere oggetto dell'appalto o della concessione, in relazione al valore complessivo dei lavori. Preferenza per la messa a gara del progetto esecutivo. In caso di appalto integrato su progetto definitivo, dopo l'entrata a regime del "BIM", si potrebbe introdurre, in via sperimentale, una fase di dialogo, tra stazione appaltante e concorrenti, finalizzato ad individuare la soluzione progettuale migliore.	Lett. oo)
	Previsione di limiti agli affidamenti "in house" . Si prevede l'istituzione, presso l'ANAC, di un albo di soggetti "in house" e l'obbligo di pubblicare tutti gli atti "connessi all'affidamento" e di valutare la congruità dell'offerta anche in caso di aggiudicazione diretta . Al fine di garantire la concorrenza e la parità di trattamento degli operatori economici, appare opportuno introdurre un obbligo di valutazione comparativa di più offerte in caso di affidamento diretto .	lett. eee)

IMPEGNI POSITIVI ASSUNTI DAL GOVERNO

Adozione di opportune iniziative volte ad attribuire rilievo contrattuale al computo metrico estimativo dei lavori , anche al fine di stabilire un più equilibrato rapporto tra amministrazione committente ed impresa esecutrice.	Ordine del giorno 9/3194-A/50 su lettera q) punto 6)
Definizione dei casi di pagamento diretto dei subappaltatori , subordinandola al preliminare accertamento della violazione contrattuale da parte della stazione appaltante nonché eliminazione del vincolo di solidarietà contributiva e retributiva tra appaltatore e subappaltatore .	Ordine del giorno 9/3194/53 su lett. rrr)
Evitare la richiesta di ulteriori requisiti di qualificazione gara per gara oltre al sistema di qualificazione vigente per la partecipazione agli appalti di minore importo, allo scopo di evitare la duplicazione di oneri a carico delle PMI, partecipanti alle gare.	Ordine del giorno G1.9

PRINCIPALI CRITICITÀ

RISCRITTURA NUOVO CODICE IN DUE FASI TEMPORALI ED ABROGAZIONE DEL REGOLAMENTO GENERALE

Art. 1 comma 1) e 4)

Il testo della legge delega articola in **due fasi temporali distinte** il processo di riscrittura del nuovo Codice dei contratti, attraverso la previsione di un primo decreto legislativo, da adottare entro il **18 aprile 2016**, e di un secondo decreto di riordino complessivo, da adottare entro il successivo **31 luglio 2016**; al contempo è tuttavia fatta salva la possibilità per il governo di adottare, entro il 18 aprile 2016, un unico decreto legislativo, che dia in ogni caso attuazione ai principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega.

La riscrittura, in due momenti, del nuovo Codice può generare frammentazione del quadro normativo ponendo in difficoltà le stazioni appaltanti nella gestione delle gare e dei lavori nel periodo transitorio.

Inoltre, viene previsto il definitivo superamento del Regolamento Generale, la cui abrogazione sarà disposta dal secondo decreto legislativo. Il Regolamento sembra destinato ad essere sostituito **da linee-guida di carattere generale, proposte da ANAC ed adottate con decreto dal Ministero delle Infrastrutture**, previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

Si tratta di strumenti che provengono da altre tradizioni giuridiche – di common law, in particolare – e che quindi necessitano di essere calate nel nostro ordinamento; pertanto, dovrebbero mantenere un carattere di adeguata cogenza, al fine di evitare disomogeneità applicative.

Al riguardo si ricorda che il Senato ha approvato un ordine del giorno (G1.8), fortemente auspicato da ANCE, con il quale impegna il Governo ad adottare le opportune iniziative volte a chiarire che le linee guida ANAC - MIT abbiano carattere vincolante nei confronti di tutte le stazioni appaltanti, sia di natura statale che locale.

INDICAZIONE DEI NOMINATIVI DEI SUBAPPALTATORI IN GARA

Art. 1, comma 1, lett. rrr)

Il testo della legge delega prevede l'espressa individuazione dei **casi specifici in cui vige l'obbligo** per il concorrente **di indicare in sede di offerta una terna di nominativi di subappaltatori**.

Con riferimento al tema del subappalto, si condivide pienamente l'esigenza di garantire un adeguato livello di trasparenza negli affidamenti.

Tuttavia, l'operatività di un obbligo di indicazione preventiva dei nominativi dei subappaltatori, sia pure limitata a casi specifici, solleva notevoli perplessità, considerate le peculiarità proprie del settore dei lavori pubblici. Infatti, il notevole lasso di tempo che può intercorrere tra l'aggiudicazione del contratto di appalto e l'esecuzione dei lavori in subappalto, può rendere l'indicazione in gara dei subappaltatori un onere particolarmente gravoso per il concorrente, soprattutto se si tratta di una piccola e media impresa.

Inoltre, la previsione rischia di creare una lesione della concorrenza atteso che, per talune tipologie di lavorazioni particolarmente specializzate, potrebbe risultare difficile reperire sul mercato una terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso il numero ridotto di operatori che svolgono dette prestazioni.

Al riguardo, va altresì ricordato che, proprio a fronte delle peculiarità che caratterizzano il settore dei lavori pubblici, l'articolo 71, paragrafo 5, della direttiva 2014/24/UE contiene una particolare previsione, con riferimento a tale ambito, che inserisce l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori dopo l'aggiudicazione dell'appalto e, al più tardi, all'inizio dell'esecuzione del contratto.

Tale linea interpretativa, riguardante il settore dei lavori pubblici, è stata peraltro condivisa anche dalla Commissione Europea, nell'ambito della fase di supporto tecnico agli Stati Membri per il recepimento delle nuove norme.

Ciò considerato, l'indicazione dei nominativi dei subappaltatori in gara, presenta un ulteriore e fondamentale profilo di criticità, potendo costituire una possibile violazione del divieto di "gold-plating", rispetto alla normativa comunitaria, non sorretto da alcuna delle esimenti giustificative previste dall'art. 14, comma 24 quater della legge 28 novembre 2005 n. 246.

PAGAMENTO DIRETTO DEI SUBAPPALTATORI

Art. 1, comma 1, lett. rrr)

Il testo della legge delega prevede l'obbligo di pagamento diretto dei subappaltatori in caso di inadempimento dell'appaltatore e anche su richiesta del subappaltatore, se la natura del contratto lo consente.

Il pagamento diretto ai subappaltatori, ad avviso dell'Ance, andrebbe limitata ai soli casi di ingiustificati inadempimenti dell'appaltatore. Ciò al fine di non alterare il sinallagma contrattuale tra appaltatore e subappaltatore, laddove non sussistano motivate ragioni che giustificano la richiesta di pagamento diretto da parte del subappaltatore.

Inoltre, in base ad un principio di equità e ragionevolezza, il subappaltatore, una volta ottenuto direttamente il pagamento ad esso dovuto, dovrebbe risultare responsabile in via esclusiva di eventuali inadempimenti nei confronti dei propri lavoratori e degli Istituti che ne attestano la regolarità retributiva e contributiva (Inps, Inail e Casse Edile), con conseguente eliminazione della responsabilità solidale dell'impresa appaltatrice.

Resta comunque positivo l'impegno del Governo, assunto con l'ordine del giorno di cui sopra.

QUALIFICAZIONE MEDIANTE ATTIVITÀ EFFETTIVAMENTE ESEGUITE

Art. 1, comma 1, lett. uu)

Il testo della legge delega prevede la revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici, in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica delle capacità realizzative dell'impresa, nonché delle "attività effettivamente eseguite".

Nel condividere pienamente l'esigenza di una più efficace selezione degli operatori che accedono al mercato, ad avviso dell'Ance, il riferimento alle attività "effettivamente eseguite", non deve precludere la possibilità per l'appaltatore principale, da regolamentare nell'ambito del nuovo codice, di qualificarsi, in quota parte, anche attraverso i lavori eseguiti tramite subappalto.

Lo strumento del subappalto, infatti, è una modalità di esecuzione delle opere che non può essere penalizzata, sia pure ai soli fini della qualificazione, in quanto l'appaltatore che affida i lavori in subappalto è comunque responsabile, direttamente, della loro buona esecuzione nonché del loro coordinamento, anche ai fini del rispetto dei tempi di esecuzione.

Pertanto, occorre valorizzare le capacità realizzative ed organizzative dell'impresa appaltatrice, mantenendo la possibilità di utilizzare, quota parte, ai fini della qualificazione, anche i lavori eseguiti, indirettamente, tramite subappalto.

DEROGHE

Art. 1, comma 1, lett l)

Il testo della legge delega attribuisce alla protezione civile il potere di agire in deroga al Codice appalti, al verificarsi di fattispecie connesse a particolari esigenze legate a situazioni emergenziali.

Sarebbe opportuno che nel nuovo codice venisse precisato che le situazioni emergenziali devono essere determinate da calamità naturali, al fine di scongiurare il rischio di far rientrare nel concetto di "emergenze" anche eventuali situazioni causate da ritardi colpevoli dell'amministrazione.

APPALTI AFFIDATI DAL CONCESSIONARIO

Art. 1, comma 1, lett. iii)

In via generale, s'introduce l'obbligo per i concessionari di lavori o di servizi pubblici, sia già esistenti che di nuova aggiudicazione, di appaltare a terzi l'80% dei contratti di importo superiore a 150.000 Euro con procedura di evidenza pubblica, sotto la vigilanza dell'ANAC. In relazione alle concessioni già esistenti è poi previsto un periodo transitorio di adeguamento non superiore a 24 mesi.

Sono poi previsti due casi di esenzione da tale obbligo, e segnatamente:

- concessioni già in essere o di nuova aggiudicazione affidate con la formula della finanza di progetto;
- concessioni già in essere, o di nuova aggiudicazione, affidate con procedura ad evidenza pubblica secondo il diritto UE. Limitatamente a tali fattispecie continueranno ad applicarsi le disposizioni in materia di affidamento dei contratti d'appalto vigenti alla data di entrata in vigore della Legge Delega.

Per Ance il principio è quello secondo cui, laddove la concessione sia stata affidata senza gara "a monte", **l'obbligo di affidamento a terzi deve riguardare il 100% dei lavori "a valle"**.

La percentuale dell'80%, prevista dalla legge delega, rappresenta un indubbio passo avanti rispetto all'attuale previsione, che impone ai concessionari di appaltare a terzi con gara il 60% dei lavori oggetto della concessione.

Positivo è l'affidamento di un ruolo di vigilanza all'ANAC sul rispetto delle quote e delle modalità di esternalizzazione da parte dei concessionari. **Altrettanto positivo è che l'obbligo di**

affidamento a terzi debba avvenire con procedure ad evidenza pubblica di tipo ordinario, e non di tipo semplificato.

Grande perplessità suscita l'elevazione da 12 a 24 mesi del periodo di adeguamento alla norma, previsto per le concessioni in essere.

Al riguardo, peraltro, si ritiene che eventuali problemi connessi alla stabilità occupazionale potrebbero trovare adeguata tutela mediante opportuni accordi con gli affidatari.

POSSIBILITÀ DI PARTECIPAZIONE ALLE GARE D'APPALTO PER LE IMPRESE FALLITE O IN CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

Art. 1, comma 1, lett. vv)

Si prevede una disciplina del procedimento per la decadenza e sospensione delle attestazioni, affidata all'ANAC, nel rispetto di alcuni principi che, tra l'altro, consentono di continuare a partecipare alle gare ad imprese in stato di fallimento e di concordato con continuità aziendale, anche avvalendosi dei requisiti di altri soggetti.

La disposizione appare oltremodo critica, nella parte in cui autorizza a partecipare a gare d'appalto soggetti che si trovano in una fase di acclarata crisi economica (fallimento), atteso che gli stessi non offrono sufficienti garanzie circa la reale possibilità di adempiere alla propria offerta trovandosi in una fase critica della propria attività.

Inoltre, tali soggetti godono di particolari tutele dalle azioni esecutive nei propri confronti, che si ripercuotono necessariamente sulla formulazione dell'offerta, con conseguente lesione del principio di concorrenza e parità di trattamento fra imprese.

Peraltro, per quanto riguarda le imprese che già si trovino in concordato con continuità andrebbero ammesse alle gare solo quelle per le quali vi sia un piano di rientro che preveda la soddisfazione del 40% dei creditori chirografari.

VALORIZZAZIONE MANODOPERA LOCALE

Articolo 1, comma 1, lett. ddd)

Ance condivide tutte le politiche volte al sostegno del lavoro e dell'occupazione, anche di tipo locale. Naturalmente, ciò non può e non deve compromettere i principi in materia di massima concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi.

Roma, 14 gennaio 2016