

LEGISLAZIONE IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI

Il Libro Bianco per far ripartire i cantieri: le risorse, le regole e i nodi da sciogliere.

- ✓ ***LA RIFORMA INATTUATA***
- ✓ ***IL MERCATO DELLE OPERE ORDINARIE***
- ✓ ***LA QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE***
- ✓ ***LE PROCEDURE DI GARA e I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE***
- ✓ ***IL SUBAPPALTO***
- ✓ ***LA FASE DELL'ESECUZIONE DEI LAVORI***
- ✓ ***IL CONTENZIOSO***
- ✓ ***LA COOPERAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO***
- ✓ ***IL RISPETTO DELL'AMBIENTE***
- ✓ ***LA LEGALITA'***
- ✓ ***LE CRISI D'IMPRESA***

PREMESSA

LE RISORSE

GLI INVESTIMENTI PER LE INFRASTRUTTURE SONO AI MINIMI STORICI

Nel settore dei lavori pubblici si è assistito, negli ultimi 10 anni, ad una fortissima contrazione degli investimenti.

Qualche dato.

Nel periodo che va dal 2005 al 2016, si è verificato un calo negli investimenti pari al 55%.

Solo nel 2015, la spesa per lavori è stata pari 18%, mentre per forniture e servizi dell'82%.

Per i Comuni, dal 2008 al 2016, la spesa corrente è cresciuta del 9% mentre quella per infrastrutture si è ridotta del 47%.

Quanto alla spesa dello Stato, su 830 mld annui, gli investimenti hanno ammontato a circa 18 mld, pari al 2,2% del totale annuo.

Dal 2010 al 2016, lo Stato ha incrementato la spesa corrente del 6% e ridotto quella in conto capitale del 28%. Il dato occupazionale rispecchia questa drammatica situazione.

La percentuale degli occupati, dal 2008 al 2016, è scesa a - 41%; il monte ore lavorate si è pressoché dimezzato (segnando un - 49%).

Ad aggravare la situazione, anche l'allungamento dei tempi di spesa: i passaggi procedurali tra il Cipe, la Corte dei conti, il Mef, determinano di regola che, tra lo stanziamento e il cantiere, trascorre troppo tempo.

Proposta

Non è più prorogabile un maggiore impegno ad aumentare la spesa in interventi infrastrutturali, ivi compresi quelli di manutenzione, ordinaria e straordinaria, degli edifici e del territorio.

Ciò non solo per conseguire l'effetto "volano" per la ripresa, notoriamente connesso a tali interventi, ma anche per garantire un programma di difesa più costante del territorio, onde evitare il ripetersi di tragedie, come quelle che si registrano in occasione di eventi sismici o metereologici.

Naturalmente, i maggiori investimenti devono essere accompagnati da una revisione, in chiave acceleratoria, delle procedure di localizzazione delle opere e di quelle di spesa, per giungere rapidamente ai cantieri.

LE REGOLE

LA RIFORMA DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI: LA GRANDE INCOMPIUTA

Il nuovo **Codice dei Contratti Pubblici**, di cui al **D.lgs. n. 50/2016**, è entrato in vigore ad aprile dello scorso anno, con l'obiettivo di definire un quadro normativo in linea con l'Europa attraverso l'introduzione di modifiche e innovazioni volte a garantire a tutti gli attori del mercato - stazioni appaltanti, progettisti, imprese – un quadro di regole chiare ed efficaci, in chiave di crescita del Paese e di rilancio degli investimenti.

LA LEGGE DELEGA N. 11/2016

La riforma, nonostante la **piena condivisione dei principi** che l'hanno ispirata, contenuti nella **Legge Delega n. 11/2016**, a distanza di più di un anno dalla sua entrata in vigore, appare tuttavia ancora lontana da un suo definitivo compimento. In questo contesto, il **decreto correttivo n. 56/2017**, malgrado abbia apportato alcuni indubbi miglioramenti al codice, **non ha sciolto tutti quei "nodi" che impediscono il pieno raggiungimento delle finalità di rilancio del settore.**

Peraltro l'emanazione del correttivo ha determinato la necessità di rivisitare anche alcuni dei provvedimenti di attuazione medio tempore varati, con ulteriore allungamento dei tempi di completamento della riforma.

LE CRITICITA' GENERALI

La promessa di organizzare il settore in maniera più snella, tempestiva ed organica sta fallendo.

Va anzitutto accelerata l'emanazione di tutti 60 provvedimenti attuativi del Codice.

Allo stato, pertanto, la disciplina transitoria è di difficile interpretazione, con conseguente proliferazione del contenzioso.

I settori esclusi (acqua, energia, gas, trasporti, settori speciali) hanno sempre maggiore rilevanza e non applicano il codice e questo penalizza l'intero settore.

Si manifesta, sempre più di frequente, la voglia di derogare all'applicazione del Codice, che riemerge maggiormente non appena occorre far fronte ad eventi straordinari, con termini di realizzazione non prorogabili.

Il pensiero va, in proposito, alla normativa derogatoria che ha contraddistinto i lavori della ricostruzione post Sisma del Centro Italia, quelli per i Mondiali di sci di Cortina 2021, o anche per il G7 Taormina.

Ciò nonostante, il Codice prevede espressamente tutte le procedure d'urgenza applicabili in tali circostanze.

Peraltro, la “fuga” dal Codice si registra anche più in generale, oltre i casi di stretta emergenza.

I NODI DA SCIOGLIERE

IL “PASSO” TROPPO LENTO DELLA RIFORMA FRENA GLI APPALTI

Dei circa 60 provvedimenti attuativi previsti dal Codice - in sostituzione del previgente Regolamento Generale - ne risultano adottati solo una minima parte (circa 15).

Tale **incompletezza** ha significato anzitutto che alcuni importanti istituti introdotti dal Codice, che avrebbero dovuto costituire i pilastri della riforma - come il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e l'albo dei commissari esterni - sono ancora inattuati. Anche il ruolo dell'ANAC, opportunamente rafforzato dalla riforma, potrebbe risultare meno efficace, a causa dell'eccessiva mole di compiti alla stessa assegnati dal legislatore

Inoltre, si è determinata una situazione di **incertezza regolatoria** che, da un lato, sta frenando le stazioni appaltanti nella messa in gara dei lavori, e, dall'altro, genera forte contenzioso “a valle” delle procedure di affidamento.

LA MAGGIORE TRASPARENZA: PER ORA, SOLO UN ANNUNCIO

In questo quadro, peraltro, alcuni importanti istituti, che avrebbero dovuto costituire i pilastri della riforma in materia di trasparenza- come il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e l'albo dei commissari esterni - sono ancora inattuati.

Proposta

La riforma andrebbe conclusa in tempi brevi, per garantire certezza alle regole che presidiano il settore. Ove – come sembra - non sia raggiungibile tale risultato, occorre riflettere se tornare ad un **articolato ancora più snello** esclusivamente dedicato ai lavori pubblici (**max 30/40 articoli**), accompagnato un **unico provvedimento attuativo**.

Andrebbe, infatti, ripensata la decisione di abrogare il Regolamento, così come l'impostazione delle Linee guida Anac, considerate talvolta anche meno di circolari, e comunque, come spesso prive di carattere cogente.

Le Linee Guida, innovando rispetto al passato, rappresentano il principale strumento di attuazione del Codice ed intervengono anche su profili delicati del rapporto contrattuale (si pensi, ad esempio, alla disciplina sulla consegna dei lavori, sulle sospensioni, sui pagamenti, sulle riserve, ecc.).

Per tale ragione, sarebbe quanto mai opportuna l'adozione di un Testo Unico, ricognitivo delle stesse, all'interno del quale raccoglierle.

In tal modo, si realizzerebbe il duplice obiettivo di dare alle Linee Guida carattere di sistematicità, oltretutto un adeguato livello di cogenza e vincolatività, necessario a garantire certezza alle regole e una loro maggiore uniformità applicativa.

IL MERCATO DELLE OPERE ORDINARIE

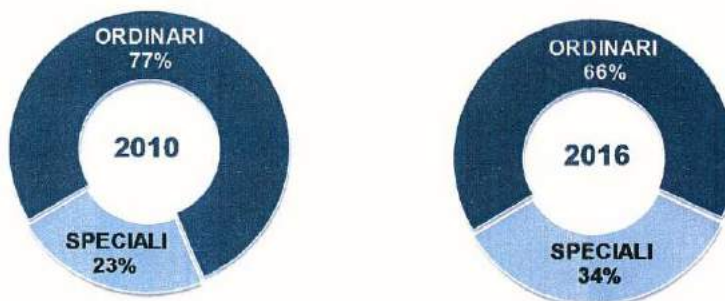
LA “GRANDE FUGA” DAL CODICE

Si registra una diffusa tendenza a non applicare il codice, che riemerge maggiormente non appena occorre far fronte ad eventi straordinari, con termini di realizzazione non prorogabili.

Si pensi, ad esempio, alla normativa derogatoria che ha contraddistinto i lavori della ricostruzione post Sisma del Centro Italia, quelli per i Mondiali di sci di Cortina 2021, o anche per il G7 Taormina. Ciò, nonostante il Codice preveda espressamente tutte le procedure d’urgenza applicabili in tali circostanze.

I settori esclusi, in tutto o in parte, dall’applicazione del codice (tra cui i settori speciali relativi all’acqua, all’energia, al gas ed ai trasporti) hanno sempre maggiore rilevanza, e questo danneggia l’intero settore.

CONTRATTI PUBBLICI PER LAVORI
Composz.% dell'importo per tipologia di settore



Elaborazione Ance su dati Anac

Proposta

Occorre prevedere un “contratto tipo” unico sia per i settori ordinari che per quelli speciali.

**CONCESSIONARI
SENZA GARA**

Il nuovo codice ha introdotto una norma che impone ai concessionari che abbiano ottenuto la concessione in via diretta, di affidare a terzi l'80% dei lavori di rispettiva competenza - se d'importo superiore a 150.000 euro - recuperando così a "valle" il gap di concorrenza presente a "monte". Peraltro, il codice riconosce un lasso temporale di due anni ai concessionari per conformarsi al nuovo assetto normativo.

L'ANAC ha recentemente reso un parere al MIT, concordando sull'improrogabilità del termine del 2018 previsto per l'adeguamento delle concessioni. In linea, si è espresso anche il Consiglio di Stato.

Proposta

Si rende necessario rafforzare i poteri di controllo del rispetto delle percentuali dell'80/20% da parte dei soggetti pubblici preposti (in primis, ANAC), possibilmente anche attraverso il coinvolgimento delle associazioni maggiormente rappresentative degli operatori coinvolti (AISCAT e ANCE), assicurando altresì adeguata modalità di post-informazione sull'esito di tali controlli (su sito ANAC – MIT o altro mezzo di informazione)

LA QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE

La qualificazione delle imprese va senz'altro perfezionata, al fine di garantire l'accesso al mercato di soggetti realmente idonei.

Le SOA

L'attestazione SOA è condizione necessaria per partecipare alla gara ma, di fatto, non più sufficiente;

Spesso, infatti, vengono richiesti ulteriori requisiti di consistenza di personale al momento della gara, oltre che di lavori identici/similari a quelli base d'asta.

In questo contesto, non va dimenticato che il legislatore nazionale, in sede di recepimento delle nuove direttive UE, ha optato per mantenere il sistema delle SOA, sia pure con le necessarie modifiche e correzioni.

Proposta

Occorre apportare alcune **migliorie al sistema SOA**, almeno per gli appalti contenuti al di sotto di una determinata fascia di importo, purché ciò non si traduca nella richiesta, gara per gara, di ulteriori requisiti aggiuntivi rispetto all'attestazione.

E' indispensabile implementare la qualificazione SOA con i requisiti qualitativi/reputazionali, idonei a misurare il curriculum dell'impresa.

Serve un "sistema di qualificazione nazionale" unico, anche di natura pubblicistica, che abiliti le imprese a partecipare alle gare di appalto, almeno in una determinata fascia d'importo.

Diversamente, infatti, quest'ultima perderebbe il suo valore di semplificazione.

Fino a quando non saranno qualificate le stazioni appaltanti, peraltro, non è poi ipotizzabile una qualificazione "gara per gara".

Infine, si condivide la scelta espressa dallo Stato italiano, e ribadita di fronte agli uffici dell'Unione Europea, di imporre alle società aventi la qualità di organismi di attestazione di avere sede nel territorio nazionale; ciò, al

fine di dare certezza al sistema di qualificazione e non vanificare l'efficacia dei controlli sulle stesse.

LA QUALIFICAZIONE EX ARTICOLO 84 CO. 12.

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, su proposta dell'ANAC, definirà un regime di qualificazione alternativo/sperimentale per le stazioni appaltanti particolarmente qualificate (art. 84, comma 12).
E' un passaggio prodromico a creare una sorta di nuovi "settori speciali".

Proposta

Il criterio dettato dalla Legge delega ha imposto al legislatore una "revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, 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" (articolo 1, comma 1, lettera uu, della legge 28 gennaio 2016, n. 11).

Al fine di evitare la frammentazione del sistema di qualificazione, con rischio di desertificazione delle imprese di minore dimensione che si troverebbero, in una situazione già di crisi drammatica, a dover dimostrare requisiti ulteriori, con pregiudizio del principio concorrenza, ANCE ritiene che occorra stabilire i seguenti punti.

- ✓ **il sistema ex art 84 co. 12 non può prescindere dall'istituzione della qualificazione delle stazioni appaltanti**

L'eventuale nuovo sistema di qualificazione ex art. 84 co. 12 può essere attuato solo da parte di stazioni appaltanti "particolarmente qualificate" ai sensi dell'art. 38 del Codice n. 50/2016.

Pertanto, non può prescindersi dall'effettiva istituzione e funzionamento della qualificazione delle SA, di cui al cennato art. 38.

Allorquando il sistema di qualificazione per le stazioni appaltanti entrerà a regime, la facoltà di sperimentare un sistema di qualificazione alternativo deve, in ogni caso, essere consentita alle sole stazioni appaltanti qualificate nella fascia più alta (maggiore capacità tecnica, organizzativa, gestionale ecc.); ciò, anche tenuto conto delle specifiche competenze tecniche ed esperienze professionali nel settore della

progettazione e della direzione lavori, in modo tale che tale personale possa “vigilare/verificare” l'idoneità dei progetti posti a base di gara.

- ✓ **si' alla necessita' di una certificazione /attestazione per partecipare alle gare tra 150 mila e fino a 20 mln di euro.**

Si può anche prevedere il rilascio dell'attestazione da parte dell'ANAC (o di altra Autorità pubblica), ma si ritiene che solo un sistema unico di qualificazione, nella fascia d'importo considerata, possa tutelare l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione.

Infatti, la fascia di appalti **al di sopra i 20 mln di euro**, è presidiata da requisiti di qualificazione, ulteriori rispetto alla SOA e richiedibili “gara per gara” (quali un fatturato in lavori non inferiore a 2 volte l'importo a base d'asta, o, in alternativa, l'indice di esposizione finanziaria dell'impresa), **cui si aggiunge**, per quella d'importo **superiore a 100 mln di euro**, la possibilità di chiedere l'esecuzione di lavori analoghi a quelli oggetto dell'affidamento.

- ✓ **si' alla sperimentazione di un ulteriore sistema di qualificazione ex art. 84, co. 12 per appalti d'importo rilevante, sopra i 100 mln.**

L'ulteriore sistema di cui all'art. 84 comma 12 potrebbe consistere in una forma di qualificazione integrata per le gare di importi **rilevanti, sopra i 100 mln di euro**.

I requisiti richiesti da tale sistema dovrebbero essere, in ogni caso, attinenti alla natura dell'appalto, proporzionati all'importo dei lavori, individuati secondo criteri oggettivi, giustificati dalla particolare complessità tecnico progettuale del lavoro.

- ✓ **no a requisiti aggiuntivi, stabiliti a discrezione dell'amministrazione**

Al di là di quanto fin qui considerato in merito ai contenuti dell'art.84, comma 12, è opportuno che l'ANAC/MIT riducano gli spazi che il nuovo Codice sembra aver aperto alla richiesta di requisiti aggiuntivi

alla SOA, stabiliti gara per gara dalla stazione appaltante.

✓ **sì ad una riduzione delle tariffe SOA**

In considerazione dell'informatizzazione delle procedure SOA, è possibile prevedere un abbattimento delle tariffe, soprattutto in sede di verifica triennale.

IL RATING D'IMPRESA

Il rating di impresa, per effetto del decreto correttivo, ha assunto carattere facoltativo e non rileva più in sede di qualificazione, ma di partecipazione alla gara, potendo costituire un elemento al quale attribuire punteggio premiale in sede di OEPV.

Proposta

Sarebbe più opportuno far valere il rating d'impresa, comprensivo degli elementi qualitativi/reputazionali in sede di qualificazione SOA, ad esempio in sostituzione del c.d. ICP (incremento convenzionale premiante) e non in fase di gara, al fine di premiare le imprese che investono nella azienda.

IL RATING DI LEGALITÀ

Appare necessario che sia eliminato l'importo dei 2 milioni di fatturato quale soglia minima per poter ottenere il rating di legalità.

Ciò al fine di non penalizzare le imprese, sul piano dell'acquisizione di un più elevato standard di rispetto delle norme contro gli illeciti, per un elemento meramente economico (il fatturato), del tutto estraneo alle finalità che la stessa normativa si propone. Inoltre, sempre in quest'ottica, il mantenimento della soglia minima di fatturato sarebbe illegittimamente discriminatorio per le "c.d. start up".

LE PROCEDURE DI GARA E I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

I tempi di espletamento delle gare sono diventati eccessivamente lunghi.

Pertanto, i commissari di gara spesso rinunciano all'incarico, verosimilmente per timore delle eventuali e imprevedibili responsabilità – soprattutto erariali -allo stesso connesse, dovute anche alla poca chiarezza del quadro normativo. Ciò sta provocando la paralisi del sistema.

Il procedimento di gara deve velocizzarsi, consentendo di pervenire rapidamente alla cantierizzazione dei lavori, nel rispetto della trasparenza e legalità. Servono procedure snelle, che garantiscano, al contempo, dal rischio di collusioni e fenomeni corruttivi.

L'OEPV E IL PROBLEMA DELLE MIGLIORIE SUL PROGETTO ESECUTIVO

L'uso generalizzato del criterio dell'OEPV per i lavori sopra i 2 mln di euro mal si concilia con l'obbligo, anch'esso pressoché generalizzato, di porre a base di gara il progetto esecutivo, di per sé non migliorabile, in quanto per definizione già completo.

Il risultato è che le amministrazioni introducono **elementi di valutazione dell'offerta di tipo squisitamente soggettivo** (come ad esempio aver effettuato lavori analoghi a quelli oggetto della gara, o anche il possesso di un numero elevato di certificazioni, sino a giungere, a dare punteggio a chi "offre" penali più alte, come nel caso del bando di Aeroporti di Roma).

I profili soggettivi nulla hanno a che vedere con una migliore esecuzione dell'opera.

Obiettivo, questo che, invece, dovrebbe essere quello perseguito con il criterio dell'OEPV.

C'è quindi il rischio di creare forme indirette di restrizione della concorrenza, posizioni di privilegio e nicchie di mercato.

Al riguardo, è noto che le nuove direttive UE hanno consentito di derogare al divieto di commistione tra elementi di qualificazione e quelli di valutazione tecnico-economica dell'offerta.

Tuttavia l'ottica comunitaria è quella di considerare tale possibilità sempre in termini di eccezione alla regola, alla quale si può fare ricorso solo qualora le qualità soggettive abbiano una incidenza diretta sulla qualità della prestazione (ad esempio nei servizi intellettuali, vedi considerando 94 Direttiva 24/2014/UE). Diversamente, infatti, c'è il rischio di creare forme indirette, di restrizione ovvero la creazione di posizioni di privilegio o nicchie di mercato.

Anche il Codice, all'art. 95, comma 10 bis, come integrato dal decreto correttivo, ha chiarito che i criteri dell'OEPV devono garantire che il confronto concorrenziale avvenga sui profili tecnici e qualitativi dell'offerta, non del soggetto offrente.

Proposta

Occorre contrastare la richiesta di requisiti soggettivi in offerta, che spostano, "di fatto", alla fase dell'aggiudicazione quella della qualificazione (l'impresa non partecipa se, laddove sprovvista di quei requisiti, sa che non prenderà il relativo punteggio in offerta) creando, alla lunga, posizioni di monopolio o di oligopolio.

L'ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANOMALE CON METODO ANTITURBATIVA

Il decreto correttivo ha elevato a 2 milioni di euro la soglia di importo entro la quale è possibile utilizzare il massimo ribasso, rendendo facoltativa l'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale, accompagnata dal metodo "antiturbativa".

Proposta

Appare anzitutto necessario codificare il recente parere adottato dal MIT e dall'ANAC, che ha chiarito che l'esclusione automatica delle offerte anomale può essere utilizzata anche nelle procedure negoziate.

E' altresì indispensabile ampliare la possibilità di ricorso all'esclusione automatica delle offerte anomale con metodo antiturbativa, rendendola:

- obbligatoria per lavori fino a 2 mln di euro;
- facoltativa, laddove non vi sia interesse transfrontaliero e complessità tecnologica, dai 2 mln fino a 5 mln di euro.

Infine, occorre ritoccare i sistemi di determinazione della soglia di anomalia, di cui all'art. 97 del Codice dal momento che, dopo le modifiche apportate dal Correttivo, potrebbe essere diminuito il range di aleatorietà loro connesso, a scapito della sua efficacia antiturbativa.

OEPV

La generalizzazione del criterio dell'OEPV sopra una certa soglia di importo non appare giustificabile.

Peraltro, la mancata attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, unitamente alla mancata operatività dell'albo dei commissari di gara fanno venir meno i due unici contrappesi previsti dal nuovo Codice alla discrezionalità delle amministrazioni sottesa all'applicazione dell'OEPV.

Senza contare i costi eccessivi che la partecipazione a tali gare comporta.

Proposta

Per queste ragioni, dovrebbe pervenirsi ad un uso più contenuto dell'OEPV.

Occorre, in particolare, limitarne l'utilizzo, tra 2 e 5 milioni di euro, ai progetti caratterizzati da particolare complessità tecnologica.

IL SORTEGGIO PER LE PROCEDURE NEGOZiate FINO AD 1 MILIONE DI EURO

Bisogna selezionare le imprese sul mercato, valorizzando quelle serie e adeguatamente qualificate.

Il Codice ha introdotto questo principio. Occorre dare ad esso piena attuazione.

Per questa ragione, non è accettabile che le stazioni appaltanti utilizzino un metodo casuale, come il sorteggio, per individuare gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate.

Si tratta, infatti, di un meccanismo che svilisce la qualificazione acquisita dalle imprese, in quanto non tiene in alcuna considerazione le effettive capacità dei potenziali concorrenti e vanifica qualunque possibilità di

programmazione dell'attività di impresa.

È necessario quindi eliminare completamente l'utilizzo di tale meccanismo, garantendo comunque alle amministrazioni una gestione semplice e veloce della procedura negoziata senza bando, nel massimo rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza.

Proposta

Per l'affidamento dei lavori tramite procedura negoziata fino ad 1 mln di euro, è indispensabile:

- **vietare/eliminare la previsione di requisiti di partecipazione aggiuntivi rispetto alla SOA**, in quanto già valutati in fase di attestazione (ad es. lavori analoghi, pregresse esperienze con la medesima stazione appaltante o rating di impresa o di legalità).
- **per i lavori da 0 a 40.000 euro**, mantenere la possibilità di affidamento diretto.
- **per i lavori oltre i 40.000 euro e fino a 300.000 euro**, selezionare le imprese sulla base di valutazioni discrezionali, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, proporzionalità ed efficienza, anche in considerazione del luogo di esecuzione dei lavori;
- **per i lavori d'importo sopra i 300.000 e fino ad 1 milione di euro**, prevedere, in particolare, di:
 - **invitare tutti coloro che rispondono positivamente all'indagine di mercato dell'amministrazione** - avviata con la pubblicazione di un avviso di informazione - inviando una manifestazione di interesse (che deve **valere ex sé quale dichiarazione del possesso dei requisiti**) senza la necessità di specifiche dichiarazioni *ad hoc*, con conseguente assunzione di responsabilità - sul piano penale, civile e amministrativo - per eventuali falsità rese in gara.
 - rendere obbligatoria la **verifica "a campione" sul possesso dei requisiti, sorteggiando il 10% dei soggetti che hanno manifestato interesse alla procedura, limitando poi la verifica al solo aggiudicatario**, e non anche sull'impresa che segue in graduatoria, ove non sorteggiato;

- **prevedere, in via preferenziale il ricorso al criterio di aggiudicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale, con metodo "antiturbativa";**

In ogni caso, appare opportuna la costituzione, presso ANAC, di un **Osservatorio su base regionale**, che monitori lo svolgimento di tale procedura, con il coinvolgimento delle principali associazioni territoriali di riferimento per il comparto edile, sottoscrittrici del contratto collettivo di categoria.

COMPUTO METRICO ESTIMATIVO

La previsione ex art. 32, comma 14-bis determina equivoci. In particolare, è necessario eliminare dalla norma l'inciso "richiamati nel bando o nell'invito".

ACCORDI-QUADRO

Gli accordi quadro, presentano criticità, legate soprattutto all'accorpamento in macro lotti, all'utilizzo del criterio dell'OEPR e ai livelli di progettazione a base di gara.

Pertanto, in considerazione della lunga durata temporale di tale tipo di contratti, tali contratti possono provocare, se usati di prassi, l'esclusione, di fatto, dal mercato di chi non riesce ad acquisirli.

Spesso, poi, l'accordo quadro viene utilizzato dalle stazioni appaltanti per eludere l'obbligo di andare in gara su una progettazione esecutiva;

Proposta

L'accordo quadro non dovrebbe essere consentito per l'esecuzione di nuove opere. Quanto ai lavori relativi ad interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, l'accordo quadro dovrebbe essere sempre ammesso. **La relativa gara**, tuttavia, dovrebbe essere svolta **sulla base della stima percentuale delle lavorazioni previste, nonché di un progetto definitivo "alleggerito" di cui all'art. 216 comma 4, secondo periodo (con esclusione del computo metrico-estimativo)**. In ogni caso, il contratto attuativo dell'accordo quadro dovrà comunque essere affidato sulla base dello specifico progetto.

Inoltre, i contratti dovrebbero essere strutturati prevedendo una pluralità di piccoli interventi, di carattere seriale/ripetitivo e non continuativo, ciascuno singolarmente di importo non superiore al 10% dell'importo complessivo.

COSTI DELLA MANODOPERA

Il decreto correttivo ha introdotto, al comma 10 dell'art. 95, l'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta il proprio costo della manodopera, che l'amministrazione dovrà verificare prima dell'aggiudicazione, al fine di accertarne la conformità rispetto ai minimi retributivi salariali fissati nelle Tabelle del Ministero del lavoro.

Proposta

La norma pone diverse criticità applicative, in quanto non chiarisce come debba essere indicato tale costo in offerta (in valore assoluto o con mera indicazione dei minimi tabellari applicati).

In particolare, non si riesce a comprendere come debba essere applicata la suddetta previsione (art. 95 comma 10), ossia se occorra fare riferimento a "minimi tabellari orari" oppure al "costo complessivo della manodopera per il singolo appalto.

Non sembra, invece, che la norma impedisca di ribassare il costo della mano d'opera, come, viceversa, avveniva con la precedente disposizione inserita nel codice 163/2016.

Pertanto, occorrerebbe riaffermare chiaramente il divieto di ribassabilità dei costi della manodopera.

IL SUBAPPALTO

Occorre **superare i forti limiti al subappalto** introdotti dal nuovo Codice dei contratti, come peraltro richiesto allo Stato italiano dall'Unione europea.

In particolare, appare indispensabile abbandonare il binomio concettuale "subappalto=criminalità", per trovare un più equo temperamento tra la libertà dell'appaltatore nella gestione ed organizzazione dei fattori della produzione con le esigenze imposte da un'efficace contrasto ai fenomeni d'infiltrazione mafiosa nei cantieri.

Il decreto correttivo (d.lgs. 56/2017) è intervenuto sul tema, rimediando solo parzialmente alle criticità della disposizione, che non appare in linea con la corrispondente disciplina delle Direttive europee.

Proposta

E' necessario, pertanto, superare i seguenti aspetti critici:

- limite del 30 per cento dell'importo dell'appalto per il ricorso al subappalto;
- obbligo di ATI verticale per le categorie super-specialistiche;
- ribassabilità massima, per le prestazioni affidate in subappalto, del 20 per cento dei prezzi risultanti dall'aggiudicazione;
- divieto di ribasso sui costi della manodopera relativi alle prestazioni affidate in subappalto;
- obbligo del pagamento diretto del subappaltatore in caso di micro o piccola impresa, sia in caso di appalto sia di concessioni;
- obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori, sia in caso di appalto sia di concessioni;
- eliminazione della possibilità per l'appaltatore di qualificarsi anche attraverso i lavori affidati in subappalto.
- eliminare la disposizione che consente di escludere dalla gara il subappaltatore laddove il subappaltatore indicato in terna non abbia i requisiti.

LA FASE DELL'ESECUZIONE DEI LAVORI

La fase dell'esecuzione dei lavori risulta oggi contraddistinta, più ancora di quella di gara, dall'assenza un quadro regolatorio certo.

Molti istituti, fondamentali per una corretta esecuzione delle prestazioni convenute, non hanno più una disciplina chiara, oppure soffrono di una collocazione disorganica in vari testi. Si pensi, ad esempio, a:

- verbali consegna, sospensione, ripresa lavori;
- collaudo;
- costituzione ATI.

In questo contesto, e forse proprio per tale incertezza, sussistono eccessive responsabilità in capo alla Direzione Lavori o ai RUP, che, conseguentemente, bloccano o rallentano l'attività di esecuzione dei lavori.

Inoltre, le imprese attive nel campo dei lavori pubblici si trovano a dover fronteggiare l'inaccettabile fenomeno dei ritardati pagamenti dei lavori da parte della Pubblica Amministrazione. Pagare nei tempi stabiliti i lavori realizzati dalle imprese è un diritto da tutelare e una condizione imprescindibile per l'attuazione di una efficace politica di sviluppo. Condizione che diviene ancor più vitale per le imprese alla luce del perdurare di una crisi senza precedenti che ha colpito il settore nell'ultimo decennio. Tempi celeri di pagamento che, è bene ricordare, sono imposti dall'Europa, e obbligano lo stato membro al loro rispetto, pena l'apertura di una procedura di infrazione.

Proposte

Anzitutto, serve una normativa chiara sulle modalità di pagamento del corrispettivo, in linea con la tempistica stabilita dalle norme e europee.

Si potrebbe peraltro introdurre un obbligo di effettuare un SAL ogni 60 gg.

LA DIMENSIONE DELLE IMPRESE.

Occorre chiarire i requisiti per poter considerare un'impresa piccola o media (per il pagamento del subappalto, per l'esenzione dalle garanzie ecc..).

SPLIT PAYMENT.

E' necessario rendere l'IVA una partita contabilmente neutra. Per le imprese soggette a monte allo SP vi deve essere a valle il reverse charge non solo per i lavori ma anche per le forniture.

IL CONTENZIOSO

Il contenzioso, sia in fase di gara che in quella esecutiva, rappresenta un'altra criticità generale del sistema di realizzazione dei lavori pubblici

Quanto al **contenzioso innanzi al giudice amministrativo**, negli ultimi 15 anni, si registrano due linee di tendenza:

- a) **diminuzione delle tempistiche** del rito processuale attraverso la creazione di una **“corsia preferenziale”** per i ricorsi in tale materia;
- b) **progressiva riduzione dei ricorsi, dovuta anche al cospicuo aumento dei costi di accesso alla giustizia amministrativa**, con verosimile **effetto “dissuasivo”**, che ha finito per instaurare una **“giustizia per ricchi”**.

Infatti, il c.d. contributo unificato è determinato **in misura molto elevata**, in relazione al valore della controversia, diversamente dagli altri procedimenti e va pagato nuovamente in caso di proposizione di un **ricorso per motivi aggiunti** o un ricorso **incidentale** che introducono domane nuove nel corso del giudizio.

Il valore della controversia, a sua volta, viene commisurato **all'importo a base d'asta e non, invece, a quello dell'utile che l'impresa** potrebbe ricavare dall'aggiudicazione del contratto;

Proposte

Per migliorare il **contenzioso in fase di gara**, occorrerebbe anzitutto **eliminare l'obbligo, per i concorrenti, di fare ricorso “al buio”** sulla mera ammissione di terzi, prima e a prescindere dalla conoscenza della propria posizione in graduatoria.

Inoltre, sarebbe opportuno ipotizzare **un'ulteriore riduzione dei tempi del rito speciale avverso l'aggiudicazione definitiva** con l'obiettivo di garantire il diritto di difesa e, al contempo, di evitare il **cd danno sociale da “inattività della PA”**.

A tal fine, si dovrebbe prevedere:

- l'eliminazione del rito cautelare, a favore della definizione del giudizio unicamente **con sentenza di merito in forma semplificata** a udienza fissata d'ufficio, da tenersi **entro 30 giorni** dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente; parimenti, in secondo grado;
- il divieto di stipula del contratto fino alla **definitiva sentenza sulla controversia**;
- l'obbligo delle **parti diverse dal ricorrente** a costituirsi nel **termine di 15** giorni dalla notificazione del ricorso;
- un **termine massimo di 45 giorni per l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio** - prorogabile per **ulteriori 15** giorni laddove sia giustificato dalla **particolare complessità** delle questioni da trattare – da disporre **solo se indispensabile** ai fini della soluzione della controversia;
- l'obbligo di **pubblicazione anticipata del dispositivo** della sentenza **entro sette giorni** dalla decisione della causa;
- l'obbligo di **pubblicazione della sentenza non oltre il quindicesimo** giorno dalla decisione della causa.

Quanto al **contenzioso in fase esecutiva**, occorrerebbe procedere anzitutto **all'eliminazione della norma che limita la possibilità di iscrivere riserve su aspetti progettuali validati**, non potendo l'appaltatore scontare gli effetti di eventuali errori progettuali.

È interesse poi fondamentale per il Paese introdurre delle misure che permettano di definire con certezza e velocità il contenzioso in fase esecutiva. Una eccessiva durata della fase di risoluzione delle controversie che possono sorgere in fase di realizzazione dell'opera, infatti, inevitabilmente incide sulle tempistiche di esecuzione dei lavori.

A tal fine, occorrerebbe, anzitutto **rafforzare le sezioni specializzate in materia di impresa** – cd Tribunale delle Imprese (introdotte dal D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168) - con la previsione di una o più sezioni specifiche che si occupino esclusivamente di tutte le controversie, di qualunque importo (oggi trattano solo quelle sopra soglia)

aventi ad oggetto contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture.

Al contempo, occorrerebbe potenziare **gli strumenti di tutela alternativi al contenzioso giudiziario**, attraverso:

- a) la valorizzazione dell'istituto dell'**accordo bonario** - da applicare anche in ipotesi di affidamento a **contraente generale** - prevedendo le seguenti misure:
 - **l'obbligo per il Rup di promuovere**, entro trenta giorni dalla comunicazione del direttore dei lavori di cui al comma 3 dell'art. 205 del D.lgs. 50/2016, **la costituzione di apposita commissione, a prescindere dall'importo dell'appalto**, affinché formuli, acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo, entro novanta giorni dalla costituzione della commissione, proposta motivata di accordo bonario; obbligo per il Rup di motivare anche la mancata attivazione;
 - la commissione deve essere formata da **tre componenti** aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto, nominati, rispettivamente, uno dal responsabile del procedimento, uno dal soggetto che ha formulato le riserve, **e il terzo, il presidente, direttamente dall'albo ANAC previsto per la Camera Arbitrale**;
 - **obbligo** del Rup e del dirigente della stazione appaltante a cui viene successivamente trasmessa la proposta da accordo bonario di **motivare espressamente la volontà di discostarsi dalle risultanze** contenute nella proposta di accordo formulata **dalla commissione incaricata**;
 - **in caso di mancata attivazione dell'accordo bonario**, riconoscimento *ex lege* della possibilità per le parti di richiedere, ai fini della determinazione della fondatezza delle riserve iscritte, **l'accertamento tecnico preventivo**, ai sensi dell'art. 696 bis del c.p.c, con sospensione del termine di cui all'art. 205, comma 6 bis, del D.lgs. 50/2016, ai fini

dell'instaurazione del contenzioso giudiziario.

- **In caso di rifiuto della proposta di accordo bonario** formulata dalla commissione, facoltà di **impugnazione della stessa davanti al giudice amministrativo**, in sede di giurisdizione esclusiva, nei limiti della correttezza, logicità, e ragionevolezza del procedimento di valutazione seguito dalla PA;
 - **limitazione della responsabilità erariale** del soggetto incaricato di formulare la proposta di accordo bonario **alle sole ipotesi di dolo, a fronte della riconosciuta possibilità di condanna dello stesso**, in sede di contenzioso giudiziario (ordinario o amministrativo), **a risarcire la somma ingiustamente negata in sede amministrativa.**
- b) La reintroduzione dell'istituto del **Collegio consultivo tecnico**, al fine di favorire una rapida e immediata soluzione delle eventuali dispute che possono sorgere in corso di esecuzione del contratto, tra il committente e l'appaltatore.

**PRECONTENZIOSO
INNANZI ALL'ANAC, EX
ARTICOLO 211.**

Sempre in chiave di decongestionamento del contenzioso, questa volta quello innanzi al giudice amministrativo, occorre rafforzare lo strumento del precontenzioso, imponendo all'ANAC di rispondere nel termine di 30 giorni, anche con un dispositivo semplificato.

LA COOPERAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO

IL PPP

La disciplina sul PPP è stata sicuramente migliorata dalle modifiche apportate dal decreto correttivo. Tuttavia permangono alcune criticità che andrebbero risolte al fine di conferire a tale istituto maggiore *appeal* e piena operatività.

Proposta

In particolare, occorre eliminare la previsione che, in caso di mancato accordo sulla revisione del PEF, conseguente a fatti non imputabili al concessionario, consente che vengano rimborsati il valore delle opere realizzate, al netto degli ammortamenti e dei costi sostenuti dal concessionario, nonché le penali e gli altri oneri conseguenti alla risoluzione; con esclusione dei cosiddetti “costi di hedging”, ovvero degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse .

Tale esclusione, infatti, può incidere negativamente sulla bancabilità delle operazioni, fermo restando che occorre mantenere la caratteristica tipica dell’operazione di partenariato consistente nell’assunzione di un effettivo rischio operativo da parte dell’operatore privato.

LE OPERE A SCOMPUTO

Il decreto correttivo ha opportunamente ripristinato, per le convenzioni urbanistiche stipulate post nuovo codice, la possibilità di affidare le opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia di valore fino ad 1 mln di euro, mediante:

- affidamento diretto, per le opere di importo inferiore a 40.000 euro;
- procedura negoziata con consultazione di almeno 10 operatori economici, per le opere di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro;
- procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, per le opere di importo pari o superiore a 150.000 euro e

inferiore a 1.000.000 euro

Proposta

E' opportuno che la possibilità di affidare le opere a scomputo con procedura negoziata senza bando venga estesa anche agli interventi di importo superiore a 1 milione di euro e fino alla soglia comunitaria, accompagnata, al contempo, dalla riduzione del numero dei soggetti da invitare a 5, in ragione della natura privata del soggetto appaltante.

Tale riduzione, peraltro, andrebbe estesa anche (e a maggior ragione) alle procedure relative ai lavori di importo compreso tra 150 mila euro e 1 milione.

IL RISPETTO DELL'AMBIENTE

I CAM

Si condivide la necessità, prevista dal Codice, di garantire il più elevato standard di compatibilità ambientale delle opere pubbliche, anche attraverso il ricorso ai CAM (criteri ambientali minimi). Tale disciplina, tuttavia, presenta ancora profili di criticità che occorre risolvere.

Proposta

Anzitutto, occorre dare forza cogente al principio , stabilito dalle delibere Anac, secondo cui, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, le amministrazioni possono includere, tra le migliori tecniche da apportare al progetto in gara, anche i CAM, a condizione che il progetto posto a base della procedura sia già stato impostato “a monte” nel rispetto di tali standard minimi.

LA LEGALITA'

La corruzione è una patologia che pervade il settore degli appalti pubblici da estirpare, perché falsa la concorrenza ed inquina il corretto funzionamento del mercato.

In questo contesto, nel corso degli ultimi anni, si è fatta strada una strategia operativa, che ha puntato molto alla prevenzione - più che al contrasto - dei fenomeni corruttivi,

Il rafforzamento delle misure di controllo – di per sé corretto – non può e non deve tradursi in un'ipertrofia di compiti a carico degli organi polizia, che, laddove ingestibili, annullerebbero l'azione di prevenzione, facendo proliferare la stessa criminalità.

Inoltre, non si possono appesantire o penalizzare oltremodo le imprese serie, che operano onestamente nel settore, sulla base di mere presunzioni di colpevolezza.

I PROTOCOLLI DI LEGALITÀ

Si è determinata la diffusione dei Protocolli di Legalità finalizzati ad elevare il livello di "sicurezza" negli appalti, sia durante la gara che in fase di esecuzione del contratto.

I Protocolli di Legalità contengono prescrizioni molto stringenti, che prevedono, tra l'altro, la possibilità di risolvere il contratto, se l'imprenditore, uno dei componenti la compagine sociale o uno dei dirigenti dell'impresa con funzioni specifiche relative al contratto, siano destinatari di una misura cautelare o siano rinviati a giudizio per particolari delitti contro la Pubblica Amministrazione (corruzione, concussione, turbativa d'asta).

In altri termini, viene consentito alle Amministrazioni di adottare soluzioni fortemente penalizzanti, come la risoluzione contrattuale, in assenza di accertamenti definitivi sulla reale colpevolezza del soggetto interessato.

LA NORMATIVA ANTIMAFIA

Anche la recente modificazione della normativa antimafia – con la prevista estensione delle misure di prevenzione antimafia (sia personali che patrimoniali) ai soggetti meramente indiziati di reati di stampo corruttivo - corre il rischio di appesantire eccessivamente le Prefetture – già oberate dalle verifiche antimafia – addossandogli anche la verifica di ulteriori ipotesi delittuose.

L'ESCLUSIONE DALLE GARE PER GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE

Emblematica è anche la prassi applicativa in relazione al c.d. "grave illecito professionale".

Anche in questo caso, infatti, si va affermando un'interpretazione che consente alle amministrazioni di considerare rilevanti, ai fini dell'esclusione, condotte ritenute illecite, ma non comprovate da accertamenti definitivi. L'assenza di una loro tipizzazione lascia poi l'operatore economico in balia della discrezionalità dell'amministrazione

Proposte

In questo senso, in ossequio ai principi costituzionali relativi alla libertà di impresa e alla presunzione di innocenza, **non dovrebbero essere consentite esclusioni dalle gare o risoluzioni contrattuali, in assenza di accertamenti definitivi sulla colpevolezza** del soggetto interessato.

Occorre inoltre descrivere con precisione la figura del c.d. illecito professionale.

Al fine di non penalizzare le imprese più piccole nell'acquisizione di elevati standard di rispetto delle

norme contro gli illeciti, sarebbe opportuno consentire **l’acquisizione del “rating di legalità” a prescindere dal possesso di un fatturato minimo di 2 milioni di euro**. Tale soglia minima di accesso, infatti, è del tutto estranea e inconferente rispetto alla finalità che la normativa si propone.

E’ indispensabile una razionalizzazione dei poteri ANAC, conferendo alla stessa maggiore flessibilità di spesa, al fine di poter dare adempimento alle funzioni ad essa assegnate, che necessiterebbero comunque di una razionalizzazione

La procedura di commissariamento delle imprese, alla luce delle esperienze sin qui registrate, andrebbe maggiormente regolata, prevedendo l’obbligo di un effettivo contraddittorio con le imprese.

.

LE CRISI D'IMPRESA

La partecipazione alle gare di imprese fallite o in concordato in continuità costituisce un fenomeno distorsivo del mercato, che penalizza le imprese sane.

Queste ultime, infatti, non possono disporre di forme di protezione dai creditori analoghe a quelle che accompagnano tali procedure liquidatorie.

Proposta

· Occorre eliminare la possibilità di far partecipare alle gare imprese fallite o in concordato in continuità, la cui presenza altera una sana concorrenza nel mercato.

Roma, 22 novembre 2017