

OSSERVAZIONI ANIE

ARTICOLO 47, COMMA 2 – CONSORZI STABILI

Disciplina dei consorzi stabili con particolare riferimento alla necessità dell'avvalimento (prevista dalla norma) di imprese consorziate non designate per l'esecuzione, anche in relazione di cui all'art. 89.

È opportuno mantenere la disposizione in quanto condividiamo la possibilità, riconosciuta dalla norma ai consorzi stabili, di potersi qualificare utilizzando i propri requisiti e quelli delle imprese consorziate indicate per l'esecuzione dei lavori nonché ricorrendo all'istituto dell'avvalimento per qualificarsi con i requisiti delle imprese, facenti parte il consorzio, che non sono state indicate come esecutrici.

ARTICOLO 48, COMMA 19-TER – VICENDE SOGGETTIVE DEI RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE E DEI CONSORZI

Vicende soggettive relative ai raggruppamenti temporanei e ai consorzi ordinari di operatori economici - Rapporto tra mancanza dei requisiti prima e durante la gara e perdita degli stessi successivamente anche ai fini della sostituzione dell'operatore economico.

È opportuno mantenere la disposizione in quanto condividiamo la possibilità, prevista dalla norma, di modificare soggettivamente RTI e Consorzi, attraverso la sostituzione del mandatario o del mandante, sia in fase di gara che in fase di esecuzione.

Riteniamo altresì opportuno aver previsto la possibilità del recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, senza che ciò debba necessariamente comportare l'esclusione per l'operatore economico.

Resta inteso che le modifiche soggettive di cui sopra saranno permesse soltanto qualora i soggetti rimanenti possiedano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture da eseguire.

ARTICOLO 59, COMMI 1 E 1-BIS – Obbligo, per i lavori, di appaltare su progetto esecutivo e possibili deroghe a tale obbligo

È opportuno mantenere la deroga al generale divieto di appalto integrato nell'ipotesi in cui nell'appalto vi siano lavorazioni ad alto contenuto tecnologico in quanto, in dette ipotesi, la fase di progettazione è strettamente legata a quella di esecuzione.

Data la peculiarità delle lavorazioni, nell'ipotesi in cui l'esecuzione fosse affidata a soggetto diverso si aumenterebbe il rischio di errori tanto di interpretazione, quanto di esecuzione, del progetto. Peraltro l'affidamento congiunto, oltre a limitare il rischio di errori, garantisce anche un effettivo risparmio in termini di tempo.

ARTICOLO 80 – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE

Verifica dei requisiti di carattere generale con riferimento a tutti i soggetti aventi funzioni di direzione, rappresentanza e controllo e ai subappaltatori;

Previsione relativa ai gravi illeciti professionali e alla violazione degli obblighi contributivi e previdenziali;
Self cleaning;

Procedimento di verifica dei requisiti cui è subordinata l'efficacia dell'aggiudicazione.

È opportuno modificare la norma riducendo il numero dei soggetti da verificare, circoscrivendo le verifiche in capo ai soli soggetti muniti di legale rappresentanza ed eliminando l'obbligo di verificare i soggetti muniti di poteri di vigilanza, direzione e controllo.

Ciò in conformità con la giurisprudenza formatasi nella vigenza del vecchio articolo 38 che ha unanimemente stabilito che gli unici soggetti obbligati a rilasciare le dichiarazioni sono quelli muniti di legale rappresentanza.

Con riguardo alle verifiche sul subappaltatore deve essere eliminata la previsione di cui all'art. 80, co.1, per cui l'appaltatore è escluso se sussiste un motivo di esclusione in capo al subappaltatore (mancanza di un requisito di cui all'art.80, co.1 e co.5).

Ciò perché la mancanza di un requisito in capo al subappaltatore può comportare solo la sostituzione dello stesso e la conseguente possibilità per l'appaltatore di sostituirlo con altro soggetto in possesso dei requisiti necessari, in perfetta analogia con la disciplina dell'avvalimento che prevede la possibilità di sostituire l'impresa ausiliaria carente dei requisiti di cui all'art. 80.

Va modificata la disposizione che prevede l'esclusione dell'operatore economico nel caso di commissione di un "grave illecito professionale" introducendo un elenco tassativo di ipotesi integranti il grave illecito professionale ed in ogni caso eliminando l'elenco esemplificativo attualmente contenuto nella norma che, non essendo sufficientemente circostanziato, determina molteplici dubbi interpretativi.

Va inoltre chiarito che l'esclusione per l'operatore economico può essere comminata solo in presenza di una sentenza definitiva di condanna che accerta l'integrazione di uno degli illeciti previsti nell'elenco di cui sopra.

La modifica richiesta sgombrerebbe il campo da interpretazioni estensive, e a nostro avviso non corrette, della disciplina come quelle contenute nelle Linee Guida n. 6 dell'Autorità che non solo assimilano ai gravi illeciti professionali "*i provvedimenti esecutivi dell'AGCM di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust*" ma considerano rilevanti ai fini dell'esclusione anche provvedimenti non definitivi in violazione del principio di certezza del diritto.

ARTICOLO 83, COMMA 9 – Disciplina del soccorso istruttorio anche con riferimento all'articolo 95, comma 10.

Deve essere chiarito espressamente – tenendo conto della giurisprudenza formatasi sul punto – che non può essere causa di esclusione la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna qualora l'operatore economico, all'atto della formulazione dell'offerta, ne abbia tenuto conto.

ARTICOLO 83, COMMA 10 – RATING DI IMPRESA

Sistema delle rating di impresa e delle relative premialità, anche con riferimento alla dimensione dell'impresa. Definizione dei parametri per l'attribuzione del rating, modalità di assegnazione dei punteggi e suoi effetti.

Non si ritiene opportuno considerare il Rating di impresa quale elemento necessario ai fini della qualificazione delle imprese, ciò perché lo strumento diverrebbe di fatto obbligatorio, contrariamente a quanto previsto dal Codice, come modificato dal Decreto correttivo.

Pertanto il richiamo contenuto all'articolo 84 sembrerebbe circoscrivere l'applicabilità della norma al solo ambito dei lavori con la conseguenza che se si volesse utilizzare il rating di impresa come strumento necessario per la qualificazione si dovrebbe prevedere lo stesso anche nell'ambito di forniture e servizi.

Pertanto, in considerazione della nuova veste dell'istituto delineata dal Decreto correttivo, crediamo sia opportuno privilegiare gli aspetti legati all'OEPV e alle garanzie chiarendo che il mancato possesso del rating non osta al rilascio dell'attestazione di qualificazione, nonostante sia un elemento che gli organismi dovranno verificare alla luce di quanto disposto dall'art. 84, co.4, lett. d).

ARTICOLO 84, COMMA 4 – QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE

Disciplina dei requisiti rilevanti ai fini della qualificazione, con particolare riferimento all'esperienza maturata negli anni precedenti per i lavori eseguiti e all'arco temporale di riferimento.

Oltre all'aspetto dell'esperienza maturata si dovrebbe tener conto anche della tipologia di lavorazione affidata.

Si vuol far riferimento alle ipotesi in cui stazioni appaltanti che operano nei settori ordinari affidino lavorazioni proprie dei settori speciali, rientranti nell'ambito di un appalto complesso, in queste ipotesi si dovrebbe consentire alle stesse di poter richiedere – oltre alla SOA – anche il possesso di ulteriori requisiti di capacità tecnica (requisiti che potrebbero essere mutuati dagli albi di qualificazione propri degli enti di riferimento del settore).

Ciò garantirebbe un innalzamento del livello qualitativo dell'esecuzione anche con riferimento alle prestazioni tipiche dei settori speciali, nei quali non è inusuale che ai fini dell'iscrizione all'albo di qualificazione, o nel bando di gara, per la realizzazione delle lavorazioni tipiche di tali settori vengano richieste alle imprese particolari capacità tecniche ed in aggiunta a tali requisiti anche la SOA.

ARTICOLO 89, COMMI 2 E 4 – AVVALIMENTO

Disciplina dell'avvalimento e meccanismi di sostituzione delle imprese ausiliarie che perdano i requisiti, anche con riferimento ai settori speciali.

Si ritiene necessario disciplinare in modo diversificato le obbligatorie verifiche della stazione appaltante con riguardo alle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, distinguendo tra avvalimento operativo ed avvalimento di garanzia. Il legislatore descrivendo l'oggetto delle verifiche fa espresso riferimento alle "risorse e gli strumenti" messi a disposizione dall'ausiliaria, lasciando intendere che tali verifiche obbligatorie siano esclusivamente riferite alle ipotesi di avvalimento operativo e non anche ai casi di avvalimento di garanzia il quale attiene ai requisiti di solidità finanziaria.

Nel caso dell'avvalimento infragruppo deve essere ritenuta sufficiente la sola dichiarazione unilaterale dell'ausiliaria non anche il contratto di avvalimento.

ARTICOLO 95, co. 4-5 – Disciplina dei criteri di aggiudicazione (minor prezzo o OEPV) nel rispetto delle direttive, anche con riferimento alle soglie e all'affidamento sulla base del progetto esecutivo.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, conformemente a quanto previsto nella Direttiva, è sicuramente il criterio che consente alle Stazioni Appaltanti un effettivo confronto sugli aspetti di qualità, di prestazioni funzionali e ambientali dei prodotti in gara ed è il criterio che indubbiamente valorizza nel modo più efficace l'innovazione tecnologica.

Nell'ambito di Forniture e Servizi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente di garantire un'effettiva attenzione circa gli aspetti della sostenibilità energetica e ambientale nonché a quelli legati al ciclo di vita del prodotto. Si condivide la scelta del Legislatore di consentire il ricorso al criterio del minor prezzo nel caso in cui tali beni o servizi siano ripetitivi o standardizzati.

Nell'ambito dei lavori il Codice giustamente prevede che nel caso di appalti aggiudicati sul progetto definitivo (ad alto contenuto tecnologico) si dovrà ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Anche in questo caso si condivide la scelta del Legislatore di consentire il ricorso al criterio del prezzo più basso nel caso di appalti aggiudicati su progetto esecutivo di valore inferiore ai 2 milioni di euro (in questo ambito, sempre nell'ottica di semplificare e snellire le procedure, si potrebbe pensare di elevare la soglia dai 2 milioni fino ad arrivare a quella comunitaria).

Nell'ambito dei settori speciali, in ragione della maggior flessibilità riconosciuta dalle Direttive, si dovrebbe consentire la possibilità di ricorrere al criterio del prezzo più basso da parte degli enti aggiudicatori nei casi in cui l'attenzione alla qualità nella scelta del contraente è assicurata dalla circostanza che: le capacità tecniche del concorrente sono state già ampiamente verificate in sede di qualifica dei fornitori e le specifiche tecniche del bene da acquisire, allegate alla richiesta di offerta, sono sufficientemente dettagliate e richiamano standard di qualità elevati.

Pertanto qualora gli enti operanti nei Settori Speciali si dotino di sistemi di qualificazione e di dettagliate specifiche tecniche del prodotto gli stessi potranno legittimamente ricorrere al criterio del prezzo più basso per l'aggiudicazione degli appalti.

In presenza di tali condizioni il criterio del prezzo più basso resta più efficiente e consente di snellire i tempi della procedura.

ARTICOLO 95, co. 10 – Costi della manodopera. Indicazione separata dei costi aziendali e dei costi della manodopera

Raccordare la previsione con quella di cui all'art. 83, co.9, chiarendo espressamente – in linea con la giurisprudenza formatasi sul punto – che non può essere causa di esclusione la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna qualora l'operatore economico, all'atto della formulazione dell'offerta, ne abbia tenuto conto.

ARTICOLO 105 – SUBAPPALTO

Disciplina dei limiti con riferimento alla quota subappaltabile e alle categorie dei lavori, servizi e forniture.

Indicazione della terna dei subappaltatori in sede di offerta.

Limiti di affidamento del subappalto anche con riferimento alle imprese che abbiano partecipato infruttuosamente alla stessa gara.

Pagamento diretto.

Rilevanza, ai fini della qualificazione dell'appaltatore, di una quota dei lavori, servizi e forniture affidati in subappalto.

Occorre aumentare fino al 40 – 50% il limite delle attività subappaltabili, per lavori servizi e forniture tanto di settore ordinario che di settore speciale, qualora il limite resti riferito all'importo complessivo dell'appalto.

In alternativa si potrebbe ripristinare la previsione contenuta nel previgente Codice che limitava al 30% la subappaltabilità della categoria prevalente, consentendo di subappaltare il 100% delle categorie scorporabili; peraltro qualora si reintrodusse tale disposizione, la stessa dovrebbe valere non solo per gli appalti di lavori, ma anche per appalti di servizi e forniture nell'ambito sia dei settori ordinari che dei settori speciali, in analogia a quanto previsto già in tema di ATI (dove si introduce il concetto, anche per forniture e servizi della possibilità di costituire ATI verticali individuando prestazioni principali e prestazioni secondarie).

Sarebbe altresì opportuno garantire un effettivo controllo affinché ai lavori assegnati in subappalto non venga applicato un prezzo troppo basso tale da non consentire la realizzazione delle opere nel rispetto della sicurezza e della corretta retribuzione dei dipendenti.

Occorre eliminare l'obbligo di indicazione di una terna di subappaltatori. La disposizione va abrogata in quanto, oltre a non garantire alcuna tutela circa il legittimo utilizzo dell'istituto, si pone in contrasto con uno dei principi espressi nella Legge delega che diversamente prevedeva la necessità della:

“espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto” (art. 1, co.1, lett. rrr).

Peraltro, specie nel caso di affidamento di contratti di lunga durata, la candidatura dei tre soggetti potrebbe aver perso di attualità in sede di autorizzazione del subappalto.

Il divieto di affidamento del subappalto alle imprese che abbiano partecipato alla gara deve essere eliminato. Ciò perché la previsione di un divieto di autorizzazione del subappalto nel caso di partecipazione dell'operatore economico alla gara, specialmente in mercati ristretti, rischia di risultare paralizzante per il mercato.

Con riguardo al pagamento diretto, in linea generale la Stazione Appaltante non dovrebbe aver alcun rapporto con i subappaltatori, se non per quanto riguarda gli aspetti relativi all'autorizzazione, e dato che la responsabilità della corretta esecuzione dei lavori eseguiti dal subappaltatore resta comunque in capo all'appaltatore riteniamo opportuno che sempre in capo a quest'ultimo resti la responsabilità del pagamento.

Al contrario se si volesse mantenere l'attuale impostazione andrebbero meglio chiarite le ipotesi oggetto di pagamento diretto (la formulazione della norma è soggetta ad un'eccessiva interpretazione discrezionale), o al contrario andrebbe circoscritta la possibilità di ricorso al pagamento diretto nelle sole ipotesi in cui tale circostanza sia prevista nel bando di gara (in linea con quanto previsto dal D.Lgs. 163/06).

Una quota dei valori eseguiti in subappalto deve poter essere utilizzata anche ai fini della qualificazione dell'appaltatore.

Fermo restando quanto previsto dal Codice al comma 22 dell'art. 105, per cui il subappaltatore utilizzerà ai fini della qualificazione i lavori effettivamente eseguiti in subappalto, riteniamo opportuno che una quota degli stessi possa essere utilizzata anche dall'appaltatore che al contrario risulterebbe penalizzato in quanto quest'ultimo – nonostante il ricorso al subappalto – resta comunque esposto a maggiori rischi e responsabilità sull'intero appalto anche in termini di fidejussioni accese e relativi costi.

ARTICOLO 213 - SOFT LAW E LINEE GUIDA ANAC

Semplificazione delle disposizioni attuative del codice, con particolare riferimento alla natura e alla vincolatività degli stessi

Occorre ripensare il sistema della Soft Law perché sia le stazioni appaltanti che gli operatori economici hanno necessità di avere un quadro normativo di riferimento “certo” e “vincolante”.

In tal senso sembra ragionevole ipotizzare un ritorno al Regolamento.

In questo modo si consentirebbe così all'Autorità, alleggerendone il ruolo regolatorio, di svolgere in modo efficace la funzione di vigilanza e controllo che garantisce una rilevante deflazione del contenzioso.

ARTICOLO 68, COMMA 2 – SPECIFICHE TECNICHE

Le specifiche tecniche possono, altresì, indicare se è richiesto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale.

Deve essere eliminata la previsione per cui, se richiesto nel bando, può essere previsto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale.

In alternativa si ritiene quantomeno necessario precisare che qualora nelle specifiche tecniche sia previsto il trasferimento della proprietà intellettuale, questo non possa che avvenire a titolo oneroso.

ARTICOLO 93 e 103 – GARANZIE

Garanzie provvisorie e definitive

È opportuno rendere applicabile, attraverso l'inserimento di un espresso richiamo negli articoli 114 e 133, anche ai settori speciali le previsioni in tema di “garanzie per la partecipazione alla procedura” e le “garanzie definitive”.

La modifica consentirebbe di avere un quadro normativo chiaro e di uniformare di disciplina tanto nei settori ordinari quanto nei settori speciali anche in considerazione del fatto che le esigenze di committenza ed operatori economici sul tema sono gli stessi in entrambi i settori.

ARTICOLO 50 – CLAUSOLA SOCIALE

Obbligo di inserimento della clausola sociale.

È opportuno circoscrivere l'ambito di applicazione della disciplina.

L'obbligo generalizzato di inserimento della clausola sociale nei documenti di gara crea molte criticità, stante la difficile formulazione ed applicazione concreta della norma, la vaghezza del concetto di “promozione” della stabilità occupazionale, nonché la problematica individuazione del contratto (o dei contratti) collettivo applicabile in sede di cambio appalto (ovvero di subentro, nell'appalto, di un nuovo appaltatore in sostituzione dell'uscente) e della disciplina dei licenziamenti degli eventuali esuberanti. Inoltre, il campo di applicazione della norma è molto ampio e abbraccia, in linea di principio, anche settori e tipologie di contratti per i quali non è prassi il passaggio dei lavoratori da un appaltatore all'altro, in caso di cambio appalto, in quanto trattasi di lavoratori specializzati, su cui l'appaltatore uscente ha investito anche in termini di formazione e che pertanto non ha interesse a cedere.

L'inserimento di una clausola sociale in tali casi potrebbe avere effetti potenzialmente distorsivi sul mercato e creare potenziali tensioni sociali.

Al fine di ridurre il rischio di tensioni sociali che potrebbero scaturire dall'attuale formulazione della norma, si propone di limitare l'applicazione della clausola sociale ai casi in cui la stessa sia prevista dai contratti collettivi applicabili al singolo appalto.