



## **Le priorità F.IN.CO. circa il recepimento della Direttiva Appalti Settori Ordinari 2014/24/UE**

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

Prima però, di qualunque ulteriore considerazione, corre l'obbligo di porre l'attenzione sul **disallineamento temporale** che, in questo momento, si verifica nel nostro sistema normativo tra la previsione **dell'art. 12 del DL 47/14** convertito nella Legge 23.05.2014 n° 80 che rimanda la definizione delle OS (Opere Specialistiche) e delle c.d. SIOS (Opere Superspecialistiche) al 28 Maggio 2015 ed **il recepimento delle Direttive Comunitarie** che dovrebbe compiersi entro l'Aprile del 2016.

E' ben chiaro che le problematiche di cui al DL 47 sono solo una parte del più complesso meccanismo relativo alla rivisitazione generale del sistema degli appalti, ma si ritiene anche che costituendone una pezzo essenziale – almeno per quanto riguarda i lavori - debbano essere definite contestualmente al recepimento delle Direttive.

Nella Direttiva in oggetto, oltre alla costante **attenzione alle PMI** ed alla **semplificazione** nella partecipazione agli appalti, è da sottolineare l'enfasi posta sulla **qualità, l'innovazione tecnologica** e la **qualificazione** che

F.IN.CO

Via Brenta, 13 - Roma 00198

Tel. 06 8555203 - Fax.06 8559860

[finco@fincoweb.org](mailto:finco@fincoweb.org) - [www.fincoweb.org](http://www.fincoweb.org)



dovrebbero, nel futuro, sempre più indirizzare il settore delle gare pubbliche.

Occorre una convinta volontà di dare concreta applicazione ai principi suesposti, anche al fine di evitare che il sistema degli appalti venga messo in crisi da pronunce sostanzialmente giurisdizionali come il grave Parere del Consiglio di Stato 3014/2013 che, nel censurare singoli aspetti regolamentari, ha “attentato” a tutto l’assetto della qualificazione specialistica già chiaramente definito dalla norma primaria.

Da segnalare, tuttavia, che nella Direttiva in parola non si fa alcun riferimento al settore dei **Beni Culturali** che sarebbe, viceversa necessario rafforzare e valorizzare anche con riferimento alla vasta ed articolata normativa già vigente in materia.

Sarebbero inoltre necessarie, contestualmente all’opera di recepimento della/delle Direttiva/e, alcune modifiche nodali all’impianto complessivo degli appalti nazionali.

Tra queste:

- Una **drastica riduzione del numero delle Stazioni Appaltanti**, *condicio sine qua non*, perché molte delle proposte che seguono possano essere correttamente applicate. In assenza di questa preconditione, alcune delle proposte riportate in prosieguo dovrebbero, necessariamente, essere declinate diversamente.
- **L’eliminazione della c.d. Legge Obiettivo** con conseguente eliminazione della figura intermedia del *General Contractor (GC)*.  
Il GC oltre a non svolgere, nella maggior parte dei casi, un ruolo significativamente diverso da quello dell’appaltatore generale negli appalti “normali” e condurre, spesso, ad un aumento dei costi dell’opera, ha pesantemente penalizzato le piccole e medie imprese, soprattutto specialistiche e superspecialistiche.

Queste ultime sono state, infatti, confinare nell'ambito del subappalto con conseguente indebolimento delle professionalità e degli investimenti in innovazione.

Ciò non solo per i margini di remunerazione della propria attività (continuamente decrescenti), ma anche per una mancanza di coinvolgimento nella "gestione" della gara che, oltre a non consentire la crescita organizzativa delle aziende specialistiche, ha condotto a forme sempre più marcate di "deresponsabilizzazione/disinteresse" imprenditoriale.

- Un sistema di **qualificazione delle imprese** che partecipano agli appalti di lavori fortemente **incentrato sulla specificità delle attività svolte, siano esse di natura generale o specialistica.**

Non è immaginabile garantire una efficace realizzazione di un appalto di lavori senza aver definito chiaramente il confine tra le attività di natura generale e quelle di natura speciale ed aver imposto ad entrambe il possesso di una qualificazione adeguata all'attività da svolgere, né è pensabile arrivare alla qualità ed economicità delle lavorazioni oggetto di appalto in assenza di professionalità, dotazioni tecniche ed esperienze specifiche.

**E', quindi, necessario rimettere al centro del sistema dei lavori pubblici la qualificazione quale dato oggettivo, verificabile e riconducibile solo a reali capacità ed esperienze <sup>1</sup>.**

La qualificazione basata sulle reali competenze delle imprese passa però, necessariamente, dalla valutazione dei loro requisiti di materialità (attrezzature, personale qualificato ed esperienze pregresse) nonché dal concreto svolgimento delle attività oggetto della qualificazione

---

<sup>1</sup> Recita l'art. 58 a proposito dei Criteri di Selezione delle capacità tecniche e professionali: (*"le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità"; "le amministrazioni possono esigere ..... che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza..."*)

**(inimmaginabile, quindi, una prosecuzione dell'applicazione dell'attuale art. 85 del Regolamento 207/10 con possibilità di conseguire una qualifica sulla base di lavori subappaltati e svolti, quindi, da altri).**

Il recepimento della Direttiva costituisce, anche, occasione imperdibile per perfezionare il quadro delle categorie specialistiche a qualificazione obbligatoria e cd. "superspecialistiche" come risultante dal DPR 30.10.2013 e dall'art. 12 del DL 28.3.2014, n. 47. In particolare, sembra indispensabile operare un avveduto e puntuale ampliamento del novero delle lavorazioni specialistiche a qualificazione obbligatoria a tutte quelle prestazioni che, *«in ragione dell'assoluta specificità strettamente connessa alla rilevante complessità tecnica o al notevole contenuto tecnologico, richiedono l'esecuzione da parte di operatori economici in possesso della specifica qualificazione<sup>2</sup>»*.

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

La differenza tra il concetto di *"lavorazioni complementari, normalmente necessarie"* (per le quali è logico ritenere che l'impresa generale sia abilitata ad eseguire in proprio) ed *"interventi dotati di complessità tecnica e tecnologica"* (per i quali è necessario l'intervento diretto dell'impresa

---

<sup>2</sup> Così la premessa del D.M. del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 24.4.2014.

dotata di adeguata specializzazione) deve essere la stella polare nell'individuazione delle categorie a qualificazione obbligatoria, anche nel presente procedimento di revisione normativa <sup>3</sup>.

- L'individuazione di più severi ed univoci meccanismi di controllo e/o di certificazione SOA (o equivalente) che affianchino ad una verifica sostanzialmente documentale un controllo di "materialità" attinente alle qualificazioni conseguite proprio al fine di garantire con certezza la reale capacità di operare in un appalto da parte dell'impresa.
- La definizione di meccanismi "automatici" che aiutino a rendere il più oggettiva possibile la pur discrezionale scelta delle Stazioni Appaltanti.

Più nel dettaglio, si riportano alcune brevi osservazioni a taluni degli articoli di principale interesse della Direttiva 2014/24/UE in oggetto ed alcune altre osservazioni complementari.

### **Art. 3- Appalti Misti**

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

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

---

<sup>3</sup> In allegato alla presente nota si riportano approfondimenti relativi a settori specifici come le Barriere Paramassi, Fermaneve e simili ed i Beni Culturali

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

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

#### **Art. 12 – Appalti pubblici tra enti nell’ambito del settore pubblico (*in house*)**

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

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

Sarebbe dunque opportuno che la possibilità di svolgere sul mercato “libero” meno del 20% dell’attività di queste imprese sia ulteriormente ridotta fino all’azzeramento.

Discutibile è anche la possibilità che queste società siano compartecipate da privati (i c.d. “soci industriali”) a patto che questi stessi non possano esercitare “*controllo o potere di veto*”; la loro presenza non può che

configurarsi come l'accesso ad un'area economica riservata e non certamente aperta alla concorrenza.

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

Diverso il caso della pleora delle **società di proprietà o partecipate da singoli enti o amministrazioni** che nel nostro Paese hanno raggiunto le 10.000 unità.

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

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

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

Sul tema dell'"*in house*" ci si aspetta una presa di posizione senza incertezze da parte dell'Esecutivo.

## **Art. 18 – Principi di aggiudicazione**

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

Con specifica attenzione a quest'ultimo punto (obblighi in materia di lavoro) si fa riferimento all'applicazione del Contratto Collettivo di Lavoro (il non rispetto del quale diventa addirittura causa di esclusione dall'appalto ai sensi dell'art. 57).

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

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

## **Art.22 – Regole applicabili alle comunicazioni**

La previsione di un uso estensivo dei mezzi di comunicazione elettronica è certamente condivisibile, anche se si esprimono dubbi sulla sufficienza dei 30 mesi previsti per l'intera digitalizzazione delle procedure.

In questa ottica il sistema dell'AVCPass è certamente il primo passo in questa direzione.

In tale contesto, si ritiene, però, che **solo una piena informatizzazione possa giustificare la riduzione dei tempi di presentazione delle offerte alla gara** che, se non debitamente supportate, lungi dall'essere una forma di *favor*, potrebbe rappresentare un problema per gli operatori.

## **Art. 26 – Scelta della Procedura**

Non si entra qui nel merito di quanto disposto in tema di “scelta della procedura”, si richiama solo quanto previsto al comma 4 lettera b) dell’art. 26 che ribadisce che “*sono considerate **inaccettabili le offerte** presentate da offerenti **che non possiedono la qualificazione necessaria**”.*

Questo inciso, seppur riferito specificamente alle procedure competitive con negoziazione o al dialogo competitivo, di fatto ribadisce un **principio di natura generale che, oltre a sottendere molte parti della Direttiva di cui trattasi, dovrebbe essere recepito quale elemento cardine del sistema degli appalti**

## **Art. 28 - Procedura ristretta**

Si vedano osservazioni di cui al successivo Art. 32

## **Art. 29 - Procedura competitiva con negoziazione**

Si tratta di una novità che potrebbe consentire una maggiore flessibilità nei rapporti tra Pubblica Amministrazione e concorrenti.

Occorrerà, però, prestare molta attenzione ad **evitare che la fase della negoziazione** successiva alla presentazione dell’offerta **sia utilizzata unicamente per incentivare i concorrenti ad ulteriori ribassi**, dovendo, viceversa, riguardare fundamentalmente aspetti tecnici, garanzie, tempi di esecuzione, ecc.

## **Art. 32 - Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione**

Pur allargando i casi in cui è possibile la trattativa privata, la nuova Direttiva ribadisce come **tale procedura di gara sia da considerarsi, comunque, un’eccezione alle procedure ad evidenza pubblica**, cui ricorrere solo in pochi e specifici casi.

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

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

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

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

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

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

### **Art. 37 – Centrali di Committenza**

Si ritengono positive le previsioni relative alle Centrali di Committenza anche applicate agli appalti di lavori, ma occorrerebbe tener presente che le Centrali di Acquisto, quali tipicamente sono le centrali di Committenza, sono organizzazioni che inserite nel mondo dei lavori pubblici necessiterebbero di aggiustamenti significativi.

E' assolutamente necessario, in questo contesto, un rafforzamento delle strutture tecniche delle Stazioni Appaltanti che deve certamente passare dall' accorpamento delle stesse ma che può anche essere ausiliato, almeno in una prima fase, da società terze in merito ad attività tecniche quali l'aggiornamento delle Banche Dati da cui la SA deve attingere informazioni.

E', in ogni caso, opportuno che le **SA vengano valutate** attraverso un apposito sistema di **rating** non meno selettivo di quello cui dovrebbero essere soggetti i partecipanti agli appalti.

Tuttavia queste previsioni, che dovrebbero essere prodromiche alla crescita ed alla professionalizzazione delle Stazioni Appaltanti, quindi intese a favorire lo sviluppo non solo della dimensione ma anche della capacità di gestire amministrativamente e tecnicamente una gara, non devono diventare mezzi per aggirare la previsione della divisione in lotti, facendo prevalere la logica degli accorpamenti tipica delle centrali di acquisto che, se può ben essere letta come utile all'economia di scala nelle forniture, certamente male si adatta alla particolarità dei lavori.

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

Dietro la resistenza di talune rappresentanze, che ha portato ad una serie di proroghe per l'avvio delle Stazioni Uniche Appaltanti (SUAP) per i

Comuni sotto i 5.000 abitanti, non si può non intravedere anche il timore di perdere relazioni locali, consolidate tra imprese e P.A.

#### **Art. 46 - Lotti**

Anche la previsione dei Lotti è assolutamente condivisibile; il fatto però che essa resti facoltativa, anche se con obbligo di motivazione nel caso di non applicazione, non può che lasciare perplessi, dal momento che la disposizione rischia di restare di fatto "lettera morta", come insegna l'esperienza dei vigenti commi 1 bis e 1 ter dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Le SA dovrebbero, però, dar conto, nel Bando di Gara, non solo della eventuale mancata divisione in lotti, ma anche della reale, avvenuta, divisione dal momento che nessun operatore potrebbe essere nella condizione di conoscere il piano complessivo dei lavori che l'amministrazione decide di dividere in lotti o meno.

Essendo prevista la possibilità che gli Stati Membri rendano obbligatoria la divisione in lotti, sia verticali che orizzontali, sarebbe opportuno che all'atto del recepimento questa che è oggi una facoltà divenga un obbligo, perché solo in questo modo si può realmente consentire l'accesso delle PMI al mondo degli appalti e quindi dare concretamente attuazione allo *Small Business Act*.

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

La suddivisione in Lotti dovrebbe, infine, essere anche funzionale ad una maggiore diffusione degli appalti dedicati che certamente garantiscono, soprattutto per le lavorazioni di natura specialistica, la migliore realizzazione possibile dell'opera.

Sul punto appare utile ricordare che il 78° considerando della Direttiva afferma che «*gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di **andare***

*oltre nei loro sforzi intesi a facilitare la partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici»* e che negli Stati Uniti il 25% delle gare è riservato alle PMI.

### **Art. 56 – Selezione dei partecipanti e aggiudicazione degli appalti – principi generali**

Si valuta positivamente la possibilità prevista dal comma 3 di consentire ai partecipanti alla gara di **integrare la documentazione o le informazioni** che la Stazione Appaltante ritenga *“incomplete o non corrette”* al fine di garantire la più ampia partecipazione degli operatori alle gare, evitando penalizzazioni eccessive a fronte di mancanze non sostanziali.

Suscita, invece, forti perplessità la norma recentemente introdotta dal DL n. 90 del 2014 (convertito con Legge 114/14) che ha novellato l’art. 38 del Codice, nella parte in cui prevede una “sanzione pecuniaria” in caso di “mancanza”, “incompletezza” o “irregolarità” sostanziali nella dichiarazione sostitutiva. Infatti, già il previgente sistema prevedeva una triplice, pesante, sanzione (esclusione dalla gara, escussione della cauzione, segnalazione all’AVCP) per questo tipo di “violazioni”. Ebbene, se, da un lato, va apprezzato il venir meno della sanzione dell’esclusione dalla gara (la nuova norma prevede che la SA eserciti un ampio potere di soccorso istruttorio), dall’altro non si comprende come si vada a conciliare la nuova “sanzione pecuniaria” con l’escussione della cauzione ora prevista, dalla nuova normativa, anche a garanzia della sanzione stessa.

### **Art. 58 – Criteri di selezione**

Si concorda pienamente con i criteri di selezione indicati nella Direttiva, in particolare, con:

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

- L'indicazione che la capacità economica e finanziaria sia legata, tranne casi specifici, ad un fatturato minimo non superiore al doppio del valore dell'appalto, perché è certamente una previsione tesa a non penalizzare le PMI.
- La previsione che le capacità tecniche e professionali siano adeguatamente e concretamente **comprovate attraverso una specifica e diretta esperienza ed una adeguata dotazione di struttura tecnica, attrezzature e mezzi d'opera**, perché solo in questo modo si può garantire la migliore realizzazione possibile del bene pubblico.

Per partecipare alle gare, le imprese dovranno, a questo proposito, dimostrare inderogabilmente il possesso di uno dei summenzionati elementi così come di seguito meglio specificati: esperienza specifica e diretta, adeguata struttura tecnica, idonee attrezzature e mezzi d'opera, - laddove previsto dalla normativa vigente- abilitazione all'esercizio dell'attività professionale e- ove non previsto - presenza di adeguate e specifiche professionalità con comprovata abilitazione o comprovata esperienza abilitante. E' possibile anche la combinazione dei citati elementi adeguatamente bilanciata in relazione all'attività da svolgere.

Per una corretta attribuzione delle attività realmente espletate, però, ed a riprova della diretta esecuzione delle stesse, sarà fondamentale che i **Certificati di Esecuzione dei Lavori (CEL)** vengano redatti in modo tale che si possano attribuire i lavori stessi (almeno ai fini della dimostrazione della capacità tecnica) solo a chi li ha realmente svolti e non ad altri <sup>4</sup>  
*[Si veda, in proposito quanto letteralmente riportato alla nota 1. NdR]*

L'art. 58 ed i successivi articoli 59 e 60 esprimono due punti fermi della legislazione comunitaria: a) le prestazioni devono essere eseguite da un soggetto dotato di specifica esperienza; b) gli oneri di partecipazione alle gare devono essere limitati al minimo indispensabile, anche al fine di favorire la partecipazione delle PMI (si veda anche 84° considerando).

---

<sup>4</sup> Per quanto riguarda invece **la capacità economica**, e solo in questo caso, si potrebbe consentire a chi svolge l'attività prevalente di utilizzare anche la percentuale subappaltata per rafforzare la propria categoria.

I citati due punti si conciliano perfettamente con il sistema SOA attualmente in vigore che, con le integrazioni ed i perfezionamenti in ordine alle categorie specialistiche a qualificazione obbligatoria (di cui sopra si è detto, e di cui meglio si dirà nel prosieguo dei lavori di recepimento delle Direttive) sembra opportuno mantenere (o sostituire con altro meccanismo analogo) e coordinare con il DGUE (Documento di Gara Unico Europeo) di cui all'articolo successivo.

Quale che sia la forma di controllo sul possesso dei requisiti di capacità tecnica, è indispensabile, comunque, che questa sia tale da *«salvaguardare il principio, che permea tutto il sistema della contrattualistica pubblica, secondo cui **chi esegue le prestazioni oggetto di affidamento deve essere adeguatamente specializzato in tale attività.** Tale principio è posto a presidio del più generale principio della qualità delle prestazioni espressamente codificato nell'art. 2, comma 1 del Codice dei contratti e richiamato anche dall'art. 40, comma 1 del medesimo Codice»* (così AVCP segnalazione n. 3 del 2013).

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

Infine va rilevato che la necessità per la SA di verificare l'esistenza di una specifica e diretta esperienza per valutare la sussistenza della capacità tecnica è già oggi prevista per gli appalti di servizi e forniture.

In relazione a questa valutazione, la giurisprudenza del Giudice amministrativo ha chiarito che: *«quando l'amministrazione in una gara pubblica richiede ai concorrenti di documentare il pregresso svolgimento di servizi non identici ma solo analoghi, lo fa per accertare la **specifica attitudine del concorrente a realizzare le prestazioni oggetto della gara.** La richiesta è quindi giustificata dall'esigenza di acquisire conoscenza della precedente attività dell'impresa*

*in quanto le precedenti esperienze maturate rappresentano significativi indici della capacità dell'impresa di eseguire la prestazione oggetto dell'appalto. Deve trattarsi peraltro di esperienze sufficientemente simili, almeno negli aspetti essenziali e caratterizzanti l'esigenza che la stazione appaltante intende soddisfare con la gara, con la conseguenza che non può essere dilatato il concetto di analogia fino a ricomprendervi qualunque attività non assimilabile a quella oggetto dell'appalto» (Cons. St. sez. III 25.6.2013, n. 3437).*

### **Art. 59- Documento di Gara Unico Europeo - DGUE**

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

Questa dichiarazione, che si dovrebbe opportunamente basare su un modello predisposto dalla Commissione Europea al fine di evitare un'eccessiva eterogeneità delle dichiarazioni e che nasce con l'intento di favorire la partecipazione degli operatori economici comunitari alle gare di tutta Europa, potrebbe entrare in conflitto con il sistema di certificazioni SOA (comunque previsto, in linea generale, dall'art. 64 della Direttiva).

Visto che ogni operatore comunitario è abilitato all'utilizzo del DGUE, non si vede motivo per il quale un operatore nazionale non possa usare la stessa autocertificazione per un appalto in Italia in sostituzione del certificato SOA, con ciò stesso creando una doppia via per dimostrare l'idoneità all'appalto ad oggi non prevista.

In linea con la previsione di cui al presente articolo, dovrebbe essere il passaggio dall'attuale sistema di prequalifica alla **qualificazione gara per gara** (cominciando a fare una sperimentazione, per esempio, per lavori sopra i 5 milioni di euro all'entrata in vigore del nuovo sistema ed a regime - in un tempo da definirsi anche in relazione allo sviluppo di una maggiore

professionalità e capacità organizzativa, nonché riduzione di numero, delle SA – comunque sopra la soglia di 1.5 milioni di euro complessivi).

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

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

Per gli appalti di lavori che si collocano **al di sotto dei 150.000 euro**, dovrebbe continuare a trovare vigenza l'attuale sistema.

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

In particolare è di palese evidenza come, per determinare concretamente le specificità delle categorie di lavorazione, sia imprescindibile dare contenuto ad un quadro in cui, **per ogni singola categoria, siano individuati gli elementi caratterizzanti e significativi della stessa sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo** [*tentativo che era stato già fatto dal Ministro delle Infrastrutture al momento dell'elaborazione dell'allegato A1 al Regolamento poi stralciato. NdR*].

Appare, poi, rilevante il ruolo che la certificazione SOA (o equivalente) potrà continuare a svolgere in sede di verifica del possesso dei requisiti autodichiarati (il principio dell'autodichiarazione deve permanere) soprattutto nei lavori privati, nonché in coordinamento con il sistema AVCPass.

## **Art. 60 – Mezzi di prova**

L'art. 60 prevede, tra le altre cose, che la capacità economica e finanziaria nonché quella tecnica possano essere provate seguendo le indicazioni riportate nell'**Allegato XII, parte 1 e 2**

In particolare, per quanto riguarda la capacità tecnica, l'allegato XII cita esplicitamente "*l'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni ....*", con ciò stesso ponendo l'accento sulla **concreta e diretta realizzazione dei lavori**, cosa che esclude decisamente la possibilità che previsioni del nostro attuale Regolamento attuativo del Codice dei Contratti Pubblici (DPR 207/10) come l'art. 85, nella parte in cui prevede la possibilità di qualificarsi con i lavori subappaltati, possano, a seguito del recepimento, continuare ad esistere perché contrari allo spirito -ed anche al dettato - della Direttiva comunitaria.

## **Art. 63 – Avvalimento**

FINCO, da sempre, ha espresso contrarietà all'istituto dell'Avvalimento che nel panorama imprenditoriale italiano, caratterizzato da un elevatissimo numero di soggetti abilitati a partecipare alle gare di appalto al di sopra della soglia comunitaria in quanto dotati di certificato SOA, si pone quale elemento assolutamente distonico. Senza contare che l'istituto si presta particolarmente a operazioni "opache" sotto il profilo della legalità.

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

Ciò posto, e sempre nell'auspicio che l'istituto dell'Avvalimento suddetto non trovi applicazione nel nostro ordinamento ove, lungi dall'essere un facilitatore della concorrenza è, viceversa, un elemento di alterazione della stessa, si ritiene che le recenti previsioni della Direttiva debbano essere recepite in quanto moderatamente migliorative delle previsioni precedenti nella parte in cui prevedono:

- L'uso dell'Avvalimento solo per la singola gara (e l'uso della qualificazione tramite Avvalimento solo infragruppo, (art. 64), come, del resto previsto anche nella norma nazionale)
- L'uso delle esperienze professionali altrui solo se i medesimi soggetti svolgeranno i lavori o i servizi per cui sono necessarie le capacità professionali richieste <sup>5</sup>;
- La responsabilità solidale nel caso di avvalimento di capacità economica e finanziaria
- La possibilità che la Stazione Appaltante chieda all'appaltatore l'esecuzione diretta di alcuni lavori senza possibilità di avvalersi delle capacità di altri.

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

### **Art. 67 – Criteri aggiudicazione appalti**

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

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

---

<sup>5</sup> Su documento separato ed allegato si riportano *Position Paper* di Accredia e nota specifica sui Beni Culturali in merito.

Ciò posto e considerando, altresì, che resta nella facoltà dello Stato nazionale continuare a prevedere forme di aggiudicazione basata solo sul prezzo <sup>6</sup>, si richiama l'attenzione sul fatto che **entrambi i sistemi di aggiudicazione dovrebbero essere mantenuti e migliorati** anche se, fermo restando che vi sono tipologie di appalto che per loro intrinseca natura non si prestano ad un criterio di selezione complesso come l'OEPV, una scelta basata maggiormente sulla "qualità e progettualità" dell'offerta dovrebbe essere preferita laddove la natura dell'appalto lo consenta.

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

Per un sostanziale miglioramento di tale sistema di aggiudicazione, sarebbe poi necessario che i criteri di partecipazione ed i requisiti premianti sui quali si impernia la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e che devono necessariamente essere inseriti nei Bandi di Gara, siano conformi a puntuali Linee Guida (quali quelle, ad esempio, a suo tempo stilate dall'AVCP o da ITACA) e che i contenuti ed i valori ponderali attribuiti ai criteri premiali siano validati con strumenti analoghi a quelli usati per la fase della progettazione.

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

Sempre nell'ambito della OEPV, i membri delle Commissioni Aggiudicatrici, oltre a dover essere in parte esterni all'Amministrazione appaltante, dovrebbero essere sorteggiati con estrazioni pubbliche. Il sorteggio dei Commissari andrebbe, naturalmente, effettuato nell'ambito di una rosa di soggetti qualificati in relazione all'appalto da affidare <sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Un recente Disegno di Legge di iniziativa del Senatore di Maggio (AS 1521)- propone l'abolizione dell'art. 82 del Codice dei Contratti Pubblici che regola proprio il criterio del massimo ribasso

<sup>7</sup> Finco sta predisponendo un documento relativo a possibili modalità attraverso le quali individuare "la rosa dei soggetti qualificati" di cui trattasi.

Il **massimo ribasso**, invece, dovrebbe essere obbligatoriamente accompagnato dall'esclusione automatica delle offerte anomale e da correttivi delle soglie di anomalia, attraverso, ad esempio, l'applicazione di un elemento di casualità – non deciso dall'Ente aggiudicatore, oggettivo ed imm modificabile - sul correttivo che la Stazione Appaltante va ad applicare alla media delle offerte, al fine di evitare accordi preventivi tra gli offerenti.

L'utilizzo di criteri di aggiudicazione diversi al di sotto o al di sopra di stabilite soglie dovrebbe essere, in ogni caso, motivato nel bando.

Interessante, poi, la previsione della Direttiva secondo la quale *“L'elemento relativo al costo può .... assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi”*, che potrebbe rappresentare una forma di rafforzamento della qualità dell'offerta.

Quanto al criterio del prezzo più basso, vanno evidenziate le numerose criticità del comma 3 bis del citato art. 82 del Codice, già indicate dall'AVCP nella segnalazione n. 2 del 2014, alla quale si rinvia.

#### **Art. 68 – Costi del Ciclo di vita**

Innovativa e condivisibile la previsione secondo la quale un'offerta può essere valutata anche con riferimento al costo del ciclo di vita (LCA – *Life Cycle Assessment*- ) del bene oggetto dell'appalto; occorrerebbe, però, individuare **criteri di valutazione omogenei** affinché le Stazioni Appaltanti si indirizzino in maniera univoca nelle decisioni relative a questo argomento.

#### **Art. 71 – Subappalto**

Nonostante il lungo dibattito che si è svolto in sede comunitaria in merito alla regolamentazione del subappalto, la versione che è stata licenziata dal Legislatore comunitario lascia ampi margini di scelta al Legislatore

nazionale che sarebbe opportuno fossero, da parte di quest'ultimo, fortemente indirizzati verso una **chiara, inequivoca e rafforzata tutela del subappaltatore** in quanto anello debole nell'ambito della catena degli appalti.

Sarebbe, dunque, necessario che alcune previsioni lasciate come opzionali nel testo della Direttiva divengano cogenti come:

- La previsione di richiedere all'appaltatore il nome dei subappaltatori già nel momento di presentazione dell'offerta [*nello specifico, anche l'indicazione di una rosa di nomi di subappaltatori potrebbe essere sufficiente. NdR*]
- La previsione del pagamento diretto per le imprese che impiegano propria manodopera in cantiere (subappaltatori e nolegianti a caldo)

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

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

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

In tal modo, da un lato si avrebbe la certezza che le relative prestazioni siano eseguite solo da chi è abilitato ad effettuarle (nel caso dei ponteggi gli operatori dotati di patentino), dall'altro, non incidendo sul valore dell'opera da eseguire, sarebbe possibile contenere il valore della

“classifica” della categoria indicata negli atti di gara, agevolando la partecipazione di un maggior numero di operatori economici interessati.

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

### **Art. 72 - Modifica ai contratti in essere**

Positiva anche la previsione secondo la quale i contratti in essere possono essere oggetto di **modifica (con particolare riferimento all'elemento prezzo)** nel momento in cui questa possibilità viene esplicitamente prevista nel bando di gara.

L'elemento prezzo rappresenta, certamente, uno degli elementi più sensibili nello svolgimento dell'appalto che, anche e soprattutto alla luce dei ribassi non sempre fisiologici praticati dalle imprese concorrenti e dei tempi estremamente dilatati tra presentazione dell'offerta ed avvio dei lavori, rischia di essere uno degli elementi più critici per la positiva conclusione dell'appalto; la previsione, quindi, di una revisione prezzi in corso di esecuzione, con precisi limiti ed a fronte di circostanze non prevedibili, è da valutarsi quale elemento positivo.

### **Altri aspetti:**

- Ampliamento del numero dei bandi tipo
- Possibilità che, ai fini di una maggior tutela, la regolamentazione del settore dei Beni Culturali - già supportato da ampia normazione del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo - all'interno della normativa appalti pubblici venga affrontata in maniera specifica, come da **allegata nota**.

- Possibilità che anche per Servizi e Forniture, a qualunque livello dell'appalto, del subappalto o dell'affidamento, possa essere prevista una forma di qualificazione da definirsi in relazione alla tipologia dell'attività.
- Rafforzamento della qualità del progetto e, soprattutto, delle responsabilità del progettista che deve emergere principalmente laddove una serie di varianti si rendessero necessarie durante l'esecuzione dell'appalto.
- Definizione di un valido ed efficace sistema di controlli sulla corretta predisposizione del progetto in particolare per quanto riguarda l'individuazione e lo scorporo delle lavorazioni specialistiche onde evitare, come spesso accade, una sommaria o, peggio ancora, errata indicazione delle categorie dei lavori.
- Costituzione di un albo regionale dei professionisti che si candidano a ricoprire il ruolo di Commissario nelle Commissioni Giudicatrici. I Commissari dovrebbero essere in parte scelti, sempre tramite sorteggio, nell'albo di una regione confinante. Le Commissioni giudicatrici dovrebbero essere costituite da componenti della PA e da professionisti esterni alla PA.
- Applicazione della casualità anche alla scelta del Collaudatore, che deve essere, in ogni caso, un tecnico esperto e qualificato.
- Sanzioni che prevedano l'esclusione dalla contrattazione con la PA per periodi di almeno 1 anno per le imprese che mentono sui requisiti tecnici ed organizzativi posseduti.
- Andrebbe concretamente privilegiato l'arbitrato per il contenzioso relativo alle procedure della gara secondo codici di procedura semplici, sull'esempio dell'attuale precontenzioso AVCP. Il contenzioso arbitrale dovrebbe essere sviluppato in strutture regionali composte da esperti in appalti nominati dalla PA (utilizzando ad esempio le strutture degli attuali

osservatori regionali) alla cui attività partecipino, con funzione puramente referente, soggetti nominati dalle Associazioni di Categoria maggiormente rappresentative in ambito locale e/o nazionale. Il parere di precontenzioso dovrebbe essere fornito entro 20 giorni, trascorsi i quali la gara sarebbe aggiudicata in via definitiva.

- La verifica delle offerte dovrebbe essere effettuata non solo sull'aggiudicatario della gara e sul secondo classificato, ma, a garanzia di un più corretto svolgimento della stessa, anche su un campione delle offerte.
- Le competenze della soppressa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) (quale che sarà l'organismo deputato al loro complessivo o anche parziale svolgimento: ANAC, Ministero delle Infrastrutture o altri) dovrebbero, nella sostanza, essere mantenute, anche in ottemperanza alle previsioni della stessa Direttiva Appalti in via di recepimento (Artt. da 83 a 85) che prevedono un sistema di raccolta di dati sull'andamento degli appalti
- Occorrerebbe rivedere le modalità di svolgimento dell'asta elettronica per superare i dubbi di legittimità comunitaria dell'attuale formulazione dell'art. 292 del Regolamento (si veda AVCP parere prec. n. 85 del 2013).
- In caso di completa abolizione del sistema SOA, sarebbe opportuno recuperare il loro patrimonio di esperienza a supporto del sistema di qualificazione.

*Roma, 28 novembre 2014*

*In Allegato*

*All. 1- Posizione Accredia su Avvalimento predisposta dalle parti interessate presenti nell'Istituto*

*All. 2. - Normativa specifica in materia di Beni Culturali non prevista dalla Direttiva: Nota delle Associazioni ed Ari ed Archeoimprese*

*All. 3- Nota Assoroceca su OS 12B*