

Direttiva Appalti: testo approvato il 15 gennaio 2014

Audizione Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici- Roma 28 gennaio 2014-

Spunti di riflessione Finco

Le osservazioni qui di seguito riportate si riferiscono ad una prima lettura del testo della Direttiva Appalti relativa ai c.d. settori ordinari, con riserva di ulteriori approfondimenti sui temi già posti in evidenza in questo documento nonché su altri argomenti in via di definizione.

FINCO ritiene di grande interesse il nuovo quadro di riferimento normativo comunitario in tema di appalti ed auspica che il futuro recepimento possa essere, oltre che un momento di adempimento di un obbligo comunitario, anche una occasione di miglioramento per il complessivo sistema nazionale degli appalti.

In particolare si apprezza, della Direttiva in oggetto, oltre alla costante **attenzione alle PMI** ed alla **semplificazione** nella partecipazione agli appalti, anche l'enfasi posta sulla **qualità, l'innovazione tecnologica** e la **qualificazione** che dovrebbero, nel futuro, sempre più indirizzare il mondo delle gare pubbliche.

Se ci fosse, da parte del Legislatore, reale volontà di dare una concreta applicazione ai principi suesposti, cosa da FINCO fortemente auspicata, anche al fine di evitare che il sistema degli appalti venga messo in crisi da pronunce sostanzialmente giurisdizionali come il recente Parere del Consiglio di Stato che, nel censurare singoli aspetti regolamentari, ha messo in difficoltà tutto l'assetto della qualificazione specialistica già chiaramente definito dalla norma primaria, sarebbero necessarie, contestualmente all'opera di recepimento della/delle Direttiva/e, alcune modifiche nodali all'impianto complessivo degli appalti nazionali.

Tra queste:

- Una profonda revisione della c.d. Legge Obiettivo con conseguente eliminazione – o limitazione sostanziale a determinati appalti - della figura intermediaria del General Contractor che, 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 una aumento dei costi dell'opera, ha pesantemente penalizzato le piccole e medie imprese, soprattutto specialistiche e superspecialistiche, che sono state confinate nell'ambito del subappalto con conseguente indebolimento delle professionalità e degli investimenti in innovazione, 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, 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 esperienze¹.

- L'individuazione di meccanismi di controllo e/o di certificazione integrativi e/o sostitutivi dell'attestazione SOA che affianchino ad una verifica sostanzialmente documentale un controllo di "materialità" attinente alle qualificazioni conseguite proprio al fine di attestare 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 oggettivo possibile la scelta discrezionale delle Stazioni Appaltanti.

¹ 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..."

Più nel dettaglio, si riportano alcune brevi osservazioni a taluni degli articoli di principale interesse della Direttiva in oggetto.

Art. 37 – Centrali di Committenza

Si ritengono positive le previsioni relative alle Centrali di Committenza anche applicate agli appalti di lavori.

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 però diventare mezzi per aggirare la previsione della divisione in lotti facendo prevalere la logica degli accorpamenti 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 la funzionalità dei Lotti e di gestire con maggiori mezzi tecnici e professionali l'intera gara (ivi inclusi i rapporti, anche economici, con tutti partecipanti all'appalto come, ad esempio, con i subappaltatori)

Art. 46 – Lotti

Anche la previsione dei Lotti è assolutamente condivisibile; il fatto che essa resti facoltativa anche se con obbligo di motivazione nel caso di non applicazione non può che lasciare perplessi.

Essendo prevista la possibilità che gli Stati Membri rendano obbligatoria la divisione in lotti, 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.

Importante poi anche 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.

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.

Ciò posto, e sempre nell’auspicio che l’istituto 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)
- ✓ L’uso delle esperienze professionali altrui solo se il professionista poi svolgerà la prestazione professionale per conto dell’appaltatore;
- ✓ 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. 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 fortemente indirizzare verso una chiara ed inequivoca tutela del subappaltatore in quanto rappresenta, evidentemente, uno degli anelli deboli della catena degli appalti.

Sarebbe, dunque, necessario che alcune previsioni lasciate come opzionali nel testo di 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 opportuna. NdR*
- ✓ La previsione del pagamento diretto per tutti i subappaltatori

In subordine

- ✓ La previsione del pagamento diretto su richiesta del subappaltatore

Approfondimenti ulteriori meritano, poi, temi quali l'applicazione estensiva dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa fortemente consigliata nella Direttiva; il tema del c.d. "In house" che, pur con tutte le cautele previste, rischia sempre di falsare la concorrenza; gli appalti misti; i principi di aggiudicazione; le regole applicabili alle comunicazioni; il Documento di Gara Unico Europeo; la modifica dei contratti in essere, su cui FINCO si riserva, come detto in premessa, successivi approfondimenti.

Roma, 24 gennaio 2014