

**1) Articolo 5, comma 3**

**Focus su:**

**In house - articolo 5, comma 3 - “In house” orizzontale**

Disciplina più ristretta rispetto alla normativa europea e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che richiedono solo la sussistenza del controllo analogo e non anche l'attività prevalente del soggetto controllato.

✓ **Osservazioni Ance**

La disciplina del c.d. in house providing risulta recepita dal Codice dei Contratti in linea con le nuove direttive UE del 2014, e non in modalità più restrittiva. Peraltro, dalle direttive viene espressamente previsto anche il requisito del necessario svolgimento dell'attività prevalente – quantificata nell'80% - nei confronti della controllante Tali principi sono riproposti anche nel Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica .

## 2) Articolo 38

### Focus su:

Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza [articolo 38](#)

### Elenco delle stazioni appaltanti qualificate

Qualificazione di diritto delle centrali di committenza con particolare riferimento ai soggetti aggregatori regionali. Coordinamento con la disciplina prevista dal decreto legge n. 66 del 2014. Obbligatorietà dell'iscrizione in un apposito elenco per le stazioni appaltanti che devono procedere agli affidamenti di appalti di lavori servizi e forniture senza distinzione dei relativi ambiti di pertinenza e, indifferentemente, per tutte le fasi relative al procedimento (programmazione, affidamento ed esecuzione).

### ✓ Osservazioni Ance

Uno dei principi cardine del nuovo Codice degli appalti è quello della qualificazione delle stazioni appaltanti e CUC. Si ritiene che tale principio debba però attuarsi attraverso una regolazione che valorizzi le aggregazioni già esistenti ( Unioni e Convenzioni tra Comuni non capoluogo in essere per la gestione obbligatoria in forma associata della funzione).

**Proposta:** Occorre chiarire che la qualificazione delle SUA e delle CUC sia possibile per il complesso delle attività di cui all'articolo 38 del Codice Appalti ma relative ad ogni singolo ambito: *1. Programmazione e progettazione; 2. affidamento; 3. verifica e esecuzione del contratto.*

In sostanza, occorre consentire alle SUA e alle CUC di qualificarsi per svolgere anche singolarmente ciascuno dei tre ambiti di attività previsti dalla norma.

Inoltre, i *soggetti aggregatori Città Metropolitane e Province* ( articolo 9 comma 2 DL 66/2014, convertito in legge n. 89/2014) devono – al pari dei soggetti aggregatori regionali – essere considerati qualificati di diritto, al fine di poter svolgere funzioni di CUC e SUA in ambito regionale anche al di fuori delle ipotesi di cui al comma 3 dello stesso articolo 9 della richiamata norma.

### 3) Articolo 47, comma 2

#### Focus su:

Consorzi Stabili

[articolo 47, comma 2](#)

#### Consorzi Stabili

Qualificazione dei consorzi di lavori e dei consorziati, deroghe all'avvalimento.

#### ✓ Osservazioni Ance

L'articolo 47, comma 2 del Codice, come novellato dal decreto correttivo, regola le modalità di qualificazione dei consorzi stabili, stabilendo che questi *“possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto”*.

Con quest'ultima ipotesi di avvalimento, il codice non sembrerebbe considerare le peculiarità della qualificazione nei lavori, in cui il consorzio stabile ha un proprio attestato SOA di durata quinquennale, idoneo a “coprire” qualificazione per un numero indefinito di gare.

Infatti, come noto, salvo quanto previsto per importi superiori ai 20 mln di euro, con la qualificazione SOA, diviene superflua ogni verifica in gara dei requisiti del consorzio, pena l'annullamento di ogni differenza del consorzio stabile (che com'è noto, è reputato un concorrente monosoggettivo) rispetto ai raggruppamenti e/o ai consorzi ordinari (che, com'è noto, sono reputati concorrenti plurisoggettivi).

Coerentemente, il codice non pone la necessità che l'impresa consorziata indicata per l'esecuzione sia qualificata o debba ricorrere all'avvalimento di altra consorziata.

Si ritiene quindi che il riferimento all'avvalimento all'interno dei consorzi stabili possa trovare applicazione solo al di fuori del perimetro dei lavori pubblici (rectius nelle forniture e nei servizi) dove non opera l'attestazione SOA.

Pertanto, poiché le SIOS non possono essere oggetto di avvalimento, verrebbe meno la suddetta finalità di crescita imprenditoriale propria dei consorzi stabili, introdotti dal legislatore prendendo spunto dai consorzi di cooperative.

Del resto, secondo la giurisprudenza, il modulo del consorzio stabile concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza una forma impropria di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica.

In forza di tale rapporto, il consorzio stabile può giovare dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del “cumulo alla rinfusa” a suo tempo esplicitato dall'abrogato art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006 e nella proposta di DM sulla qualificazione dell'ANAC, senza dover ricorrere all'avvalimento, cosicché il medesimo consorzio può scegliere di provare il possesso dei requisiti di qualificazione con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati.

Sotto un diverso profilo, è necessario prevedere il divieto di avvalimento di terzi della qualificazione ottenuta dal consorzio stabile, laddove questo sia qualificato attraverso le SOA delle consorziate. Infatti, in quest'ultimo caso il consorzio stabile non possiede requisiti propri che possono essere oggetto di alcun tipo di trasferimento.

Più in generale, sembra opportuno introdurre una parallela qualificazione SOA per le Reti d'impresa, richiamate dall'art. 48, comma 14, del codice.

**Proposta:** Occorre esplicitare che, per i lavori, la qualificazione SOA dei consorzi stabili è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per i lavori, pertanto, la qualificazione SOA non è compatibile con l'avvalimento gara per gara delle consorziate non esecutrici. In alternativa, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente possono essere quelli maturati direttamente dal consorzio stabile.

Occorre, inoltre, specificare il divieto di avvalimento della qualificazione dei consorzi stabili, con l'eccezione del solo caso in cui il consorzio stabile si sia qualificato con i requisiti maturati direttamente.

Al fine di evitare incertezze interpretative, occorre, inoltre, specificare che non è necessaria l'indicazione, all'interno dei consorzi, di imprese esecutrici a loro volta qualificate in proprio secondo le categorie SOA e classifiche richieste dal bando di gara.

#### 4) **Articolo 59, commi 1 e 1-bis**

**Focus su:**

Appalto integrato

[articolo 59, commi 1 e 1-bis](#)

#### **Appalto integrato**

Obbligo, per i lavori, di appaltare su progetto esecutivo e possibili deroghe a tale obbligo

✓ **Osservazioni Ance**

L'obbligo di dover andare in gara con la sola progettazione esecutiva ha rappresentato un ostacolo al percorso di crescita/atterraggio degli investimenti, tanto più se legato alla difficoltà di individuare risorse e figure professionali per le sole progettazioni. Occorre ripristinare la possibilità di ricorrere all'appalto integrato per la realizzazione di investimenti pubblici, consentendo alle stazioni appaltanti di ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori sulla base comunque, obbligatoriamente, di un progetto definitivo, considerato il fatto che quest'ultimo definisce completamente l'opera e deve essere già munito dei pareri ed eventuali autorizzazioni richieste. La garanzia dunque rispetto alla centralità e alla qualità del progetto è data dal rafforzamento dei contenuti dei singoli livelli di progettazione e dall'obbligo, dal 2019, della progettazione in BIM. Inoltre l'appalto integrato appare maggiormente coerente – se del caso – con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa che consente al mercato di esprimere le reali migliori progettuali. Infine, una sensibile rivalutazione dello strumento dell'appalto integrato è stata già compiuta nel decreto correttivo, così come nelle norme derogatorie per il suo utilizzo, introdotte per il sisma del Centro Italia e le Universiadi 2019.

**Proposta:** Occorre prevedere che le stazioni appaltanti possano ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo elaborato dall'amministrazione aggiudicatrice.

## 5) Articolo 80

### Focus su:

Motivi di esclusione

[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.

### Nota

Il Consiglio di Stato, (sezione V) con ordinanza del 3 maggio 2018, n. 2639, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale "Se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57, par. 4, della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al considerando 101 della medesima direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, come quella in esame, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio". Il TAR Campania-Napoli (sezione IV), con ordinanza del 13 dicembre 2017, n. 5893, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale "Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, nonché la disposizione di cui all'art. 57, comma 4, lettere c) e g), di detta direttiva ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80, comma 5, lettera c), del codice, secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione." Il TAR Lazio-Roma (sezione II) con ordinanza del 29 maggio 2018, n. 06010, ha disposto la remissione alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali "I) se gli articoli 57 e 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE, ostino a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la quale prevede l'esclusione dell'operatore economico offerente nel caso di accertamento, in fase di gara, di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore facente parte della terna

indicata in sede di offerta, in luogo di imporre all'offerente la sostituzione del subappaltatore designato; ii) in subordine, laddove la Corte di Giustizia ritenga che l'opzione dell'esclusione dell'offerente rientri tra quelle consentite allo Stato membro, se il principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 5 del Trattato UE, richiamato al "considerando" 101 della direttiva 2014/24/UE e indicato quale principio generale del diritto dell'Unione Europea dalla Corte di Giustizia, osti a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la quale prevede che, in caso di accertamento in fase di gara di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore designato, venga disposta l'esclusione dell'operatore economico offerente in ogni caso, anche laddove vi siano altri subappaltatori non esclusi e in possesso dei requisiti per eseguire le prestazioni da subappaltare oppure l'operatore economico offerente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni". L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con la nota prot. n. AS1474 pubblicata sul bollettino n.6 del 19 Febbraio 2018 ha formulato alcune osservazioni sulle Linee Guida n. 6 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione relative alla disposizione di cui all'articolo 80, comma 5, lett. c)., con particolare riferimento alla previsione che includeva, tra i gravi illeciti professionali, i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato riguardanti illeciti antitrust gravi, "aventi effetti sulla contrattualistica pubblica" e "posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare. Nella sostanza le osservazioni riguardano: 1) l'istituto del self-cleaning circa la possibilità per le imprese di provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare l'integrità e l'affidabilità per l'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione, osservando che tra gli elementi da prendere in considerazione da parte della stazione appaltante con riguardo agli illeciti antitrust possono assumere rilievo la sostituzione del management responsabile dell'illecito (anche accompagnato dall'avvio di azioni di responsabilità nei confronti dello stesso), la dotazione di efficaci programmi di compliance, nonché l'adesione a programmi di clemenza che hanno consentito l'accertamento dell'illecito o che consentano l'accertamento di altri illeciti; 2) il chiarimento che i provvedimenti di condanna dell'Autorità per pratiche commerciali scorrette non configurano un illecito professionale riferibile alla contrattualistica pubblica, non inquadrandosi nell'ambito di un rapporto di consumo la condotta posta in essere nella fase di partecipazione dell'operatore economico alla gara e specificando dunque che questa tipologia di violazione non comporta esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici; 3) la sussistenza di criticità dovute alla scelta, da parte delle Linee Guida n.6 dell'Anac, di attribuire rilevanza al provvedimento meramente esecutivo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e non più ai "provvedimenti di condanna divenuti impugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato". Con riguardo, in particolare, al punto 3) viene segnalato dall'Antitrust il possibile contrasto di tale indicazione con l'art. 80, comma 10, del Codice, che ha fissato la durata della causa di esclusione pari a tre anni decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, da intendersi, come osservato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2286/2016, quale data non già del fatto, ma del suo accertamento giudiziale definitivo e ribadendo che appare preferibile individuare la data di quest'ultimo non in quella del provvedimento esecutivo dell'Autorità (che non è definitivo), ma in quello dell'intervenuta inoppugnabilità dell'accertamento da parte dell'Autorità (nell'ipotesi di provvedimenti non impugnati) o nella pronuncia definitiva del giudice amministrativo (in caso di provvedimenti impugnati).

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, peraltro, l'operatore economico in balia della discrezionalità dell'amministrazione

### **Proposta**

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.

**Per completezza, si riporta la posizione dell'ANCE come rappresentata nel documento inviato all'ANAC sul tema.**

### **Premessa**

L'art. 80, comma 13, del d.lgs. 18.4.2016 n. 50 prevede che l'ANAC, con proprie linee guida da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del Codice stesso, possa precisare i mezzi di prova adeguati a comprovare le circostanze di esclusione in esame e individuare quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto possano considerarsi significative ai fini della medesima disposizione. Sulla base di tale previsione, l'Autorità ha predisposto le linee guida recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice».

Al fine di pervenire all'individuazione dei mezzi di prova adeguati, l'Autorità intende fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza. Ciò nell'ottica di assicurare l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici.

Il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle presenti Linee guida non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto, secondo le indicazioni fornite nel presente documento.

### **OSSERVAZIONI ANCE**

Le norme di esclusione hanno carattere sanzionatorio e come tali devono essere di stretta interpretazione e non suscettibili di estensione analogica.

I fatti ed i comportamenti rilevanti quali potenziale illecito professionale, devono essere indicati dalle LG in modo tassativo e non esemplificativo, così da eliminare situazioni di incertezza e supportare efficacemente le S.A. nel corretto esercizio della discrezionalità amministrativa.

La mancanza di una tipizzazione delle fattispecie rilevanti finisce per attribuire un potere eccessivamente discrezionale alle P.A. che - anche in considerazione della perdurante assenza del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti - potrebbe essere esercitato in modo irragionevole e sproporzionato, con il rischio di forte contenzioso in gara.

Inoltre, espone le imprese ad una situazione di incertezza la quale danneggia - di per sé - quella concorrenza che le gare, invece, intenderebbero stimolare e che potrebbe, altresì, determinare



involontarie omissioni o incompletezze dichiarative, con conseguente esclusione dalla gara a titolo di falso.

## **I. Ambito di applicazione**

1.1 L'art. 80 del codice e, segnatamente, per quel che qui rileva, il suo comma 5, lett. c) si applica agli appalti e alle concessioni nei settori ordinari sia sopra che sotto soglia (art. 36, comma 5) e, ai sensi dell'art. 136 del Codice, ai settori speciali quando l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice.

1.2 Se l'ente aggiudicatore non è un'amministrazione aggiudicatrice, le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere iscritti in un sistema di qualificazione o che richiedono di partecipare alle procedure di selezione possono includere i motivi di esclusione di cui all'art. 80, alle condizioni stabilite nel richiamato art. 136.

1.3 I motivi di esclusione individuati dall'art. 80 del codice e, per quel che qui rileva, il suo, comma 5, lett. c) sono presi in considerazione anche:

- a) ai fini della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84, comma 4);
- b) ai fini dell'affidamento dei contratti ai subappaltatori e della relativa stipula (art. 80, comma 14);
- c) in relazione all'impresa ausiliaria nei casi di avalimento (art. 89, comma 3);
- d) ai fini della partecipazione alle gare del contraente generale (art. 198).

1.4 Le cause di esclusione previste dall'art. 80 del codice e, per quel che qui rileva, il suo comma 5, lett. c) non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 o della legge 31 maggio 1965, n. 575, e affidate a un custode o amministratore giudiziario o finanziario, se verificatesi nel periodo precedente al predetto affidamento (art. 80, comma 11).

## **II. Ambito oggettivo**

2.1 Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, gli illeciti professionali gravi accertati con sentenza di condanna definitiva ovvero con provvedimento amministrativo inoppugnabile o irrevocabile, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito.

## **OSSERVAZIONI ANCE**

La lettera c) del comma 5, evidentemente, fa riferimento ad episodi che impattano sul regolare svolgimento delle gare (amministrativo) e sulla regolare esecuzione del contratto (civile). Introdurre qui fattispecie penali (non accompagnate da statuizioni civili) equivarrebbe a duplicare ed allargare illegittimamente il comma 1 dell'articolo 80 ed a far regnare l'incertezza che si è proprio voluta evitare mediante l'indicazione tipizzata delle cause penalistiche di esclusione (80, comma 1).

Inoltre, al fine di assicurare agli o.e. le necessarie garanzie in termini di certezza del diritto, e rendere possibile un'applicazione della disciplina sull'illecito professionale coerente con le indicazioni del legislatore comunitario, i fatti rilevanti quali potenziali illeciti professionali devono essere connessi ad accertamenti di tipo definitivo, ossia desumibili da sentenze di condanna definitive ovvero da provvedimenti amministrativi irrevocabili e inoppugnabili.

Anche la recente giurisprudenza ha sancito in modo chiaro che l'articolo 80, comma 5, lettera c), pone in primo piano l'importante ruolo ricoperto per le imprese dalla garanzia giurisdizionale, la quale "permea di sé la norma nel suo insieme, presentandosi come un valore cui il legislatore ha mostrato di voler assegnare un ruolo essenziale". Pertanto, sia le violazioni contrattuali più gravi - che producono l'anticipata risoluzione contrattuale - sia quelle meno gravi - che possono determinare l'applicazione di penali - assumono rilevanza, quali indici di criticità ex lege, solo se risulti soddisfatto il requisito della definitività o conferma giurisdizionale, che la norma espressamente impone per la risoluzione anticipata. In tal modo, si evita che possano essere adottati provvedimenti di esclusione dalla gara nei confronti di soggetti che, a distanza di tempo - anche notevole - ottengano il riconoscimento giudiziale dell'infondatezza dei fatti contestati o delle penali applicate, quando ormai il grave danno subito sia divenuto - di fatto - ineliminabile, creando così forte pregiudizio per la concorrenza (oltre che per gli o.e. esclusi) (cfr. CGA sentenza n. 575/2017; Cons. Stato, sez. V, n. 279/2018).

Inoltre, l'elencazione esemplificativa dei reati potenzialmente rilevanti appare ampia e generica. Genericità ed astrattezza della previsione che non possono ritorcersi a danno dell'intero sistema, in particolare delle imprese che rischiano esclusioni dalle gare per false o incomplete dichiarazioni per circostanze del tutto irrilevanti, riaprendo un problema che il nuovo Codice aveva fortunatamente chiuso in ordine alle fattispecie rilevanti ai sensi dell'odierno comma 1 dell'art.80 (che contrariamente alla vecchia lett. c) dell'art.38, comma 1 del Codice De Lise, oggi riporta la lista dei reati rilevanti).

In tal modo, peraltro, le amministrazioni finiscono per disporre di un amplissimo potere discrezionale che - anche in considerazione della perdurante assenza del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti - potrebbe essere esercitato in modo irragionevole o sproporzionato, con il rischio di alimentare forte contenzioso in fase di gara, nonché privando le gare pubbliche di una linea unitaria a livello nazionale, con grave rischio di frammentazione delle prassi applicative, con ciò vanificando l'obiettivo stesso che con le linee guida si voleva raggiungere.

La linea Guida dovrebbe, dunque, anzitutto operare una elencazione tassativa anche per le ipotesi rientranti nella fattispecie del grave illecito professionale.

Inoltre, nell'individuazione delle fattispecie rilevanti occorre evitare di riproporre temi già affrontati e regolati in altra parte dello stesso art.80. L'esempio può essere fatto (anche in questo caso in modo generico) per il richiamo alle fattispecie di cui al d.lgs 231/01 recato nel nuovo punto 2.1. in quanto la fattispecie che dà rilievo a tale disposizione (la 231) è già regolato entro precisi limiti dalla lettera f) dello stesso comma 5 dell'art. 80.

In altri termini se il legislatore ha inteso dare rilievo alle condanne 231 nei termini e con i limiti previsti dalla lettera f) è illegittimo allargarne contenuti e portata in sede di linea guida. Stesso ragionamento vale, evidentemente, per i reati tributari (combinato disposto dagli artt. 1 e 4 dell'art.80).

## **2.2.1 Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto**

2.2.1.1 Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1 la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti pubblici, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente:

- a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento definitivo all'esito di un giudizio;
- b) la condanna definitiva, al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina.

## **OSSERVAZIONI ANCE**

Cfr. Osservazioni Par. 2.2

Appare inoltre opportuno esplicitare che rilevano esclusivamente le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto pubblico, come si evince anche dal dato testuale della Determina dell'ANAC che fa riferimento ai contratti stipulati "con altre amministrazioni"

In merito all'applicazione di penali Cfr. Osservazioni Par. 4.1

2.2.1.2 Detti comportamenti, quando accertati ai sensi del punto 2.2.1.1 a) o b), rilevano se anche singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali.

2.2.1.3 In particolare, assumono rilevanza:

### **OSSERVAZIONI**

I fatti ed i comportamenti rilevanti quali potenziale illecito professionale, devono essere indicati dalle LG in modo tassativo e non esemplificativo, così da eliminare situazioni di incertezza e supportare efficacemente le S.A. nel corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, nonché al fine di evitare la superfetazione di prassi applicative fra stazioni

appaltanti diverse.

1. l'inadempimento grave di una o più obbligazioni contrattualmente assunte;
2. le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto;

### **OSSERVAZIONI ANCE**

Si tratta di una indicazione eccessivamente generica e dunque passibile di interpretazioni distorte o eccessivamente estensive da parte delle amministrazioni, con conseguente rischio di contenzioso e applicazione disomogenea fra diverse S.A.

### **OSSERVAZIONI ANCE**

Il ritardo nell'adempimento risulta potenzialmente idoneo a determinare un allargamento eccessivo del perimetro di applicazione della norma e dei poteri sanzionatori della stazione appaltante. Infatti, o il ritardo è tale da determinare la risoluzione del contratto e, quindi, l'indicazione è del tutto pleonastica, ovvero se il ritardo non ha determinato la risoluzione perché, a seguito della comunicazione degli addebiti da parte della S.A., l'impresa appaltatrice ha posto rimedio, il medesimo non può assumere rilevanza quale causa escludente.

5. l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione;
6. l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa;
7. nei contratti misti di progettazione ed esecuzione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che ha determinato una modifica o variante ai sensi dell'art. 106, comma 2, del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06);
8. negli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che ha determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante, ai sensi dell'art. 106 del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06).

## **OSSERVAZIONI ANCE**

Cfr. Osservazioni Par. 2.2

2.2.2 Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara

2.1.2.1. Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti idonei ad alterare illecitamente la par condicio tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente.

2.1.2.2. Rilevano:

## **OSSERVAZIONI ANCE**

Cfr. Osservazioni Par. 2.2.1.3

1. quanto all'ipotesi legale del «tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante», gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine:

1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione;

1.2 all'adozione di provvedimenti di esclusione;

1.3 all'attribuzione dei punteggi.

2. quanto all'ipotesi legale del «tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio» i comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine:

2.1 al nominativo degli altri concorrenti;

2.2 al contenuto delle offerte presentate.

Acquista, inoltre, rilevanza, al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza oggettivamente e specificamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura e debitamente documentati.

2.1.2.3. Quanto alle ipotesi legali del «fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e dell'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione», rilevano i comportamenti che integrino i presupposti di cui al punto 2.1 posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio. La valutazione della sussistenza della gravità della colpa deve essere effettuata tenendo in considerazione la rilevanza o la gravità dei fatti oggetto della dichiarazione omessa, fuorviante o falsa e il parametro della colpa professionale. Fermo restando che in caso di presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalto si applica l'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del codice, rientrano nella fattispecie:

## **OSSERVAZIONI ANCE**

Cfr. Osservazioni Par. 2.2.1.3

1. la presentazione di informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;

2. la presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione;

3. l'omissione di informazioni in ordine alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa.

2.1.2.4. Assumono rilevanza, altresì, tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario, definitivamente accertato, e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del Codice.

### **OSSERVAZIONI ANCE**

Cfr. Osservazioni Par. 2.2

Inoltre, la previsione di cui al punto 2 - "la presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione" - appare del tutto ambigua e non idonea ad esemplificare in concreto le ipotesi cui si vorrebbe fare riferimento.

2.2.3 Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico

2.2.3.1 Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente:

In subordine

1. i provvedimenti ~~esecutivi~~ dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato divenuti inoppugnabili o definitivamente confermati dal giudice amministrativo o per illeciti antitrust gravi, consistenti in intese restrittive della concorrenza, aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare.

2. i provvedimenti sanzionatori esecutivi definitivi comminati dall'ANAC ai sensi dell'art.213, comma 13, del codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità nei confronti degli operatori economici che abbiano rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o documenti richiesti dall'Autorità o che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o che, a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri.

### **OSSERVAZIONI ANCE**

Il punto 1 andrebbe eliminato, in quanto, la stessa AGCM, nella segnalazione in merito del 19 febbraio 2018 (AS1474), ha affermato che i provvedimenti di condanna per pratiche commerciali scorrette non configurano illeciti professionali afferenti la contrattualistica pubblica, ma si riferiscono a condotte dell'impresa nei confronti dei consumatori, che non assumono alcuna rilevanza ai fini della partecipazione a procedure di gara. Quanto agli illeciti antitrust, costituisce scelta arbitraria ed indeterminata il loro inserimento, ex se, in un elenco esemplificativo di illeciti professionali, in assenza di una puntuale previsione normativa in tal senso.

In via subordinata, qualora si ritenesse di dover mantenere tale elencazione, in essa possono confluire i soli illeciti antitrust che configurano intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e dell'art. 2 della legge 287/1990. Ciò in quanto solo tali violazioni si possono concretizzare in condotte rilevanti ai fini della partecipazione

ad una gara, potendo peraltro essere considerate di particolare gravità anche solo in ragione dell'oggetto di uno specifico accordo/cartello, prescindendo dai relativi effetti.

Si ribadisce, in ogni caso, quanto sottolineato dalla stessa AGCM in merito alla rilevanza dei soli provvedimenti inoppugnabili o definitivamente confermati dal giudice amministrativo.

### **III. Ambito soggettivo**

3.1 I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico.

Ai fini della partecipazione alla gara, la stazione appaltante deve verificare l'assenza della causa ostativa prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice in capo all'operatore economico, quando i gravi illeciti professionali sono riferibili direttamente allo stesso in quanto persona giuridica.

### **OSSERVAZIONI ANCE**

L'art.80, comma 5, lettera c) prevede che l'illecito professionale vada accertato, esclusivamente, nei confronti "dell'operatore economico" e non anche nei confronti dei singoli soggetti ad essa appartenenti. Solo il comma 3 dell'art. 80 sposta il rilievo delle fattispecie escludenti dall'o.e. alle persone fisiche che al suo interno svolgono determinati ruoli, ma solo per i motivi di esclusione di cui ai commi 1 e 2 (condanne definitive per reati gravi, situazione antimafia).

La norma sembra richiamare l'ambito di applicazione del D.lgs. 231/2001, che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, che opera laddove vengano commessi reati da soggetti preposti - ossia, di vertice e/o sottoposti a loro controllo - nell'interesse o a vantaggio dell'impresa, e quest'ultima non si sia dotata di un adeguato modello organizzativo finalizzato alla prevenzione degli stessi, ovvero il modello adottato si sia dimostrato inefficace.

- I gravi illeciti professionali assumono rilevanza nei confronti del subappaltatore, nei casi previsti dall'art. 105, comma 6 del Codice, con conseguente impossibilità di sottoscrivere il contratto di subappalto. In tal caso, il concorrente potrà sostituirlo con un nuovo nominativo ovvero avvalersi degli altri due nominativi indicati.

### **OSSERVAZIONI ANCE**

Il concorrente non deve subire esclusioni dalla gara a causa di situazioni di illecito professionale contestate al subappaltatore nominato nell'ambito della terna indicata in gara. Infatti, è di fronte a una "probatio diabolica", in quanto non è nella condizione di poter verificare, prima della partecipazione, la presenza di illeciti professionali in capo al subappaltatore da indicare e, dunque, non può rispondere, in prima persona, per fatti illeciti commessi da un terzo, sui quali non è in grado di esercitare alcun controllo.

Inoltre, l'eventuale inidoneità di un subappaltatore, non va comunque ad incidere sulla qualificazione del concorrente principale, essendo quest'ultima garantita dalla presenza di altri due possibili subappaltatori.

Peraltro, l'articolo 105, comma 12, sembra ammettere la possibilità di sostituire il subappaltatore che incorra in un motivo di esclusione, precisando che "L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80". La norma si riferisce all'affidatario, lasciando intendere un riferimento alla fase esecutiva del contratto di appalto; tuttavia, poiché il momento della verifica sui requisiti è quello della gara, sembra percorribile l'interpretazione della sostituzione in gara.

Tutto ciò considerato, è opportuno che nelle LG venga specificato che l'illecito professionale contestato al subappaltatore non inficia la partecipazione del concorrente che può sostituirlo con un nuovo nominativo ovvero avvalersi degli altri due nominativi indicati

#### **IV. I mezzi di prova adeguati**

4.1 Le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare tempestivamente all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario Informativo di cui all'art. 213, comma 10, del codice:

- a. i provvedimenti di esclusione dalla gara adottati ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice;
- b. i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto non contestati in giudizio o confermati con sentenza definitiva all'esito di un giudizio e i provvedimenti di escussione delle garanzie;

#### **OSSERVAZIONI ANCE**

Cfr. Osservazioni Par. 2.2

#### **OSSERVAZIONI ANCE**

La recente giurisprudenza ha chiarito che l'applicazione di penali disposta unilateralmente dalla S.A. può assumere rilevanza, quale indice di criticità ex lege, solo se risulti soddisfatto il requisito della definitività o conferma giurisdizionale, che la norma espressamente impone per la risoluzione anticipata (CGA sentenza n. 575/2017)

Inoltre, l'ordinamento giuridico ha fin qui costantemente ritenuto rilevante ai fini della risoluzione contrattuale (e, quindi, quale grave inadempimento) l'applicazione di penali corrispondenti alla soglia del 10% del valore del contratto; evidentemente, ben più alta di quella prevista dalle linee guida. Anche per questo appare è inaccettabile, oltre che illogico e contrario ai consolidati principi di derivazione giurisprudenziale in materia, considerare rilevanti penali pari all'1% dell'importo contrattuale.

Sarebbe, quindi, opportuno escludere la rilevanza dell'applicazione di penali.

- d. i provvedimenti definitivi di condanna al risarcimento del danno emessi in sede giudiziale idonei a incidere sull'integrità e l'affidabilità dei concorrenti, che si riferiscono a contratti dalle stesse affidati.

#### **OSSERVAZIONI ANCE**

Il riferimento appare eccessivamente generico e foriero di contenzioso

L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del codice.

4.2 La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, inseriti nel casellario informatico, elencati dalle presenti linee guida. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione. La falsa attestazione dell'insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento e l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l'applicazione dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del codice.

## **OSSERVAZIONI ANCE**

La previsione relativa alla necessità di dichiarare tutte le situazioni astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente espone le imprese ad una situazione di incertezza, che potrebbe determinare involontarie omissioni o incompletezze dichiarative, con conseguente esclusione dalla gara a titolo di falso.

Essa, inoltre, finisce per attribuire un potere eccessivamente discrezionale alle P.A. che - anche in considerazione della perdurante assenza del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti - potrebbe essere esercitato in modo irragionevole e sproporzionato, con il rischio di forte contenzioso in gara.

Le dichiarazioni dei concorrenti, quindi, devono riguardare esclusivamente fatti o comportamenti riconducibili a provvedimenti definitivi/irrevocabili/inoppugnabili, che risultino inseriti nel Casellario Informatico; questo anche in considerazione del fatto che la dichiarazione richiesta sarà sotto forma di autocertificazione che, per definizione, non potrà che sostituire un eventuale certificato (che sarà in bianco se al Casellario non è ancora iscritto niente).

Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 81, comma 2, del codice:

a) la verifica della sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice;

## **OSSERVAZIONI ANCE**

Cfr. Osservazioni Par. 2.2

## **OSSERVAZIONI ANCE**

Al fine di garantire una situazione di piena certezza alle imprese partecipanti alle gare, evitando contestazioni di falso commesse inconsapevolmente dalle stesse, e consentire un equilibrato - ed il più possibile uniforme - esercizio della discrezionalità amministrativa da parte delle amministrazioni, si rende necessario limitare la rilevanza dei fatti contestabili a titolo di grave illecito professionale, a quelli oggetto di provvedimenti definitivi/irrevocabili/incontestabili, inseriti nel Casellario Informatico.

4.3 Le verifiche riguardanti gli operatori economici di uno Stato membro sono effettuate mediante accesso alle banche dati o richiesta dei certificati equivalenti, contemplati dal sistema e-certis. Gli operatori non appartenenti a Stati membri devono produrre, su richiesta della stazione appaltante, la certificazione corrispondente o, in assenza, una dichiarazione giurata in cui si attesta che i documenti comprovanti il possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice non sono rilasciati o non menzionano tutti i casi previsti.

Le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del Codice i provvedimenti dalle stesse adottati e i provvedimenti emessi in sede giudiziale, con riferimento ai contratti dalle stesse affidati, idonei a incidere sull'integrità e l'affidabilità dei concorrenti. Nel Casellario va indicata, altresì, la pendenza di eventuali contestazioni relative ai provvedimenti annotati, al fine di rendere edotte le stazioni appaltanti della natura non definitiva degli stessi e la loro conseguente irrilevanza ai fini dell'esclusione dalle gare quali illeciti professionali.

## **OSSERVAZIONI ANCE**



E' opportuno che l'annotazione dei fatti in Casellario venga meglio circostanziata, in modo da supportare efficacemente le stazioni appaltanti nella esatta individuazione dei fatti da poter considerare rilevanti ai fini della valutazione dell'illecito professionale.

In particolare, sarebbe opportuno che venisse sempre annotata la presenza di eventuali contestazioni dei fatti annotati, attestando la non definitività di tali fatti, e dunque la loro temporanea irrilevanza quali gravi illeciti professionali.

In tal modo, si eviterebbe che possano essere adottati provvedimenti di esclusione dalla gara nei confronti di soggetti che, a distanza di tempo - anche notevole - ottengano il riconoscimento giudiziale dell'infondatezza dei fatti.

L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del Codice.

Gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante utilizzo del modello DGUE, tutti i provvedimenti definitivi, irrevocabili e inoppugnabili idonei a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità, quali risultanti dal Casellario Informatico.

#### **OSSERVAZIONI ANCE**

Il riferimento formulato appare eccessivamente ampio e generico e, dunque, foriero di contenzioso. Pertanto andrebbe circoscritto nel senso sopra riportato.

#### **V. Rilevanza temporale**

5.1 La durata dell'interdizione alla partecipazione alle procedure di affidamento conseguente all'accertamento delle fattispecie di cui al comma 5, lett. c) dell'art. 80 del codice è stabilita ai sensi del comma 10 del predetto articolo. Essa è pari a tre anni, decorrenti dalla data dell'accertamento del fatto ove non sia intervenuta una sentenza penale di condanna definitiva. La rilevanza ostativa dei fatti, decorre dalla data di annotazione degli stessi nel Casellario informatico. Il periodo rilevante deve essere conteggiato a ritroso a partire dalla data di pubblicazione dell'avviso o del bando di gara. Resta ferma la rilevanza dei fatti commessi tra la pubblicazione dell'avviso o del bando e l'aggiudicazione.

#### **OSSERVAZIONI ANCE**

Come sopra evidenziato il penale dovrebbe rilevare solamente al comma 1 dell'articolo 80, altrimenti decade il principio di tassatività delle clausole di esclusione e si crea confusione.

Inoltre, l'interpretazione indicata nelle LG, secondo la quale la durata del periodo di esclusione dalle gare per grave illecito professionale, può essere di 5 o 3 anni, a seconda della natura del provvedimento adottato (sentenza definitiva o provvedimento amministrativo esecutivo), non sembra condivisibile. Essa, infatti, si basa sull'applicazione, in via estensiva, della regola posta dal legislatore per determinare la durata della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, laddove comminata senza fissazione temporale, per determinare il periodo di interdizione dalle gare per illecito professionale, a prescindere dal presupposto richiesto, ossia l'espressa condanna alla pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la PA.

In proposito, va ricordato che, per espressa previsione dell'art. 57, comma 7, ultimo periodo, della direttiva 2014/24/UE, il periodo di interdizione dalle gare per illecito professionale non può mai esorbitare i 3 anni, mentre l'interdizione fino al massimo di 5 anni è prevista solo nelle ipotesi di esclusione più gravi, legate alle sentenze definitive, di cui al paragrafo 1 dello stesso articolo 57, corrispondenti a quelle indicate al comma 1 dell'art. 80 del Codice.

Inoltre, la rilevanza ostativa, per ragioni di certezza, deve essere fatta decorrere dalla data di annotazione dei provvedimenti nel Casellario informatico.

E' opportuno, pertanto, che il documento in consultazione rechi indicazione di tale momento, soprattutto con riferimento a quelle fattispecie che non configurano ipotesi di reato, ma illecito civile o amministrativo ovvero integrano gravi comportamenti nello svolgimento delle procedure di gara.

Che questo rappresenti un punto centrale è testimoniato anche dal fatto che le prime pronunce della giurisprudenza amministrativa vertono proprio intorno alla individuazione del presupposto della definitività dell'accertamento. ( Tar Salerno 2/01/2017 n. 1989; Tar Lecce 22/12/2016 n. 1935; Consiglio di Stato, sez. V, 27/04/2017 n. 1955 )

## **VI. I criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali**

6.1 L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato.

6.2 La rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell'esclusione deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che:

1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità;

2. l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare;

3. l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata.

6.3 Il requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico interessato.

6.4 La valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

6.5 Il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato con riferimento agli elementi indicati ai precedenti punti 6.2, 6.3 e 6.4.

6.6 Gli organismi di attestazione, ai fini delle valutazioni di competenza ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. a) del codice, accertano, mediante consultazione del casellario informatico, la presenza di gravi illeciti professionali imputabili all'impresa e valutano l'idoneità delle condotte ad incidere sull'integrità e/o sulla moralità della stessa in relazione alla qualificazione richiesta. Valutano, altresì, l'idoneità delle misure di self-cleaning eventualmente adottate dall'impresa a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione di affidamenti nelle categorie e classifiche di qualificazione richieste, nonostante l'esistenza di una pertinente causa ostativa.

## **VII. Le misure di self-cleaning**

7.1 Ai sensi dell'art. 80, comma 7, del codice e nei limiti ivi previsti, l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità

nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione.

7.2 L'adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate.

7.3 Possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito:

1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;
2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;
3. la rinnovazione degli organi societari;
4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento;
5. la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.

7.4 Le valutazioni della stazione appaltante in ordine alle misure di self-cleaning sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico. La decisione assunta deve essere adeguatamente motivata.

7.5 La stazione appaltante valuta con massimo rigore le misure di self-cleaning adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione.

### **VIII. Entrata in vigore**

8.1 Le presenti Linee guida, aggiornate al d.lgs. n. 56 del 19/4/2017, entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

\* \* \*

## 6) Articolo 83, comma 10

### Focus su:

Rating di impresa

[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.

#### ✓ Osservazioni Ance

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.

Nel rating d'impresa, inoltre, sarebbe opportuno individuare un sistema premiale per le imprese che, ai fini della qualificazione, intraprendano il percorso di asseverazione dei sistemi di gestione della sicurezza, previsto dal T.U. sulla sicurezza, D.Lgs n. 81/2008 e dalla normativa UNI-Inail-CNCTP.

**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.

**Per completezza, si riporta la posizione dell'ANCE come rappresentata nel documento inviato all'ANAC nell'ambito della consultazione sul tema.**

\*\*\*

### **Osservazioni ANCE**

#### **Premessa**

L'articolo 83, comma 10, del codice dei contratti pubblici ha previsto l'istituzione presso ANAC, che ne cura la gestione, del sistema di Rating di impresa.

I requisiti reputazionali alla base del Rating di impresa tengono conto dei comportamenti dell'impresa, con specifico riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto.

A seguito delle modifiche introdotte con il Decreto Correttivo, il rating d'impresa, di cui

all'art. 83, comma 10 del Codice, è stato peraltro interessato da alcune modifiche, tra le quali, principalmente, il passaggio **da elemento obbligatorio ad elemento facoltativo/volontario** della qualificazione, e **con valenza puramente premiale**.

Al fine di tener conto di tale diversa impostazione, l'ANAC ha quindi rimesso in consultazione la bozza di LG sul rating d'impresa, già oggetto di consultazione precedente.

Al riguardo, si formulano le seguenti principali osservazioni.

#### ***Considerazioni preliminari***

Il rating d'impresa, ai sensi della lettera uu), comma 1, della l. n. 11/2016 nasce con l'obiettivo di misurare la "reputazione" dell'operatore economico, basandola su elementi oggettivi e misurabili, nonché su accertamenti definitivi, relativi alla corretta esecuzione di commesse.

**L'ANCE, sin da subito, ha condiviso la finalità di approdare ad una disciplina della qualificazione volta a premiare le imprese migliori**, al contempo, non penalizzando gli operatori da sempre presenti sul mercato, alle prese con una situazione drammatica di contrazione degli investimenti.

In particolare, è stata condivisa la necessità di individuare elementi di valutazione idonei ad esaltare la qualità delle imprese, **abbandonando la mera logica del fatturato e dei lavori analoghi**, che ha portato a rincorrere le commesse e a praticare ribassi elevatissimi – con tutte le conseguenze dannose ai fini della realizzazione dell'opera – esclusivamente per non perdere la SOA.

Questo circolo "vizioso" va interrotto.

A questo fine, è **apparsa corretta la scelta di un sistema di Rating fortemente premiale, capace di tutelare le moltissime imprese, grandi, medie e piccole, che abbiano mantenuto al loro interno una struttura organizzativa affidabile di elevata professionalità**.

Per tali ragioni, l'ANCE ha, sin dalla prima consultazione, proposto un meccanismo, **nell'ambito della qualificazione SOA**, basato su alcuni indici aventi valenza premiale, idonei, cioè, a delineare l'affidabilità dell'impresa esecutrice, a partire dalla sua reale capacità tecnica, professionale e organizzativa, della sua solidità finanziaria, e della sua capacità di permanenza sul mercato.

Naturalmente, **in un'ottica di semplificazione**, ANCE ritiene indispensabile evitare, nel settore degli appalti pubblici di lavori, una **duplicazione dei sistemi di qualificazione**, anche al fine di non violare il principio di "gold plating", indicato dalla legge delega come "faro" delle regole sulla contrattualistica pubblica.

Per tale ragione, l'unico modo affinché si possa avere un rating compatibile con le norme comunitarie per il settore dei lavori, è farlo **funzionare alla stessa stregua di un nuovo incremento convenzionale premiante, di cui all'art. 80 del DPR n. 207/2010**, ossia come un sistema che non valga quale condizione di accesso alla qualificazione, o di punteggio dell'offerta, bensì come **indice moltiplicatore dei requisiti posseduti**.

Questo, pertanto, è il modello presentato nel corso dell'ultima consultazione sull'ICP, al

quale quindi si fa pieno rinvio.

Tanto premesso, la proposta di Linea Guida in consultazione trova contrarietà da parte delle imprese, che la ritengono impercorribile per l'evidente contrasto dell'istituto con la disciplina europea in materia di contratti pubblici, di cui alle note Direttive del 2014, la cui corretta applicazione è stata, da ultimo, illustrata agli operatori dalla Commissione a mezzo di apposita pubblicazione (Public Procurement Guidance for Practitioners, February 2018).

Al riguardo, occorre infatti evidenziare come, così strutturato, detto *rating* vada ad interferire sulla valutazione dell'offerta, cosa vietata dalle direttive che impediscono di apprezzare in tale sede requisiti di qualificazione non specificamente legati alle modalità di migliore realizzazione del singolo contratto da affidare (si veda, in specie pag. 77 ss. della citata pubblicazione), come peraltro confermato dalla stessa Autorità nell'ambito di alcuni pareri di precontenzioso resi di recente.

Che il *rating* d'impresa attenga alla qualificazione generale dell'impresa è, del resto, del tutto confermato dalla legge delega n.11/2016; in base alla già richiamata lett. uu) il *rating*, infatti, riguarda **la qualificazione delle imprese** allo scopo di attribuire, in tale ambito, a chi ne sia in possesso, un elemento premiale.

In quest'ottica, quindi, va ribadito quanto già a suo tempo proposto dall'Ance, nel senso di poter considerare l'istituto solo all'interno del sistema di attestazione attualmente gestito dal sistema SOA.

Orbene, se è vero che l'opzione verso il coinvolgimento del *rating* nell'ambito della valutazione dell'offerta è opzione che trova riscontro nella legge (art.95 comma13 del Codice) più che nelle scelte dell'Anac, l'obiezione è nel senso dell'illegittimità della previsione in parola; ciò per il doppio contrasto che in essa si rileva: sia con la normativa UE che con la legge delega. Rispetto a tale quadro: a) non si ritiene, dunque, possibile dar corso all'attuazione di una previsione illegittima; b) l'Ance, di conseguenza, si farà promotrice di una modifica legislativa che, al più presto, superi tale illegittimità.

Fermo restando quanto precede, relativamente al merito di alcune delle opzioni che si leggono nella proposta v'è anzitutto da dire che molti degli elementi di valutazione prescelti, per un verso "doppiano" elementi già considerati nell'ambito dei requisiti di ordine generale di cui all'art.80 del Codice, in *primis* quanto previsto alla lett. c) del comma 5; dall'altro generalizzano gli effetti della valutazione di comportamenti delle imprese (c.d. valutazione delle *performance*) che ogni stazione appaltante ha diritto di effettuare in proprio (e così è - ancora una volta - anche per la disciplina comunitaria) estendendoli in modo vincolante, e per ciò illegittimo, a tutto il sistema della committenza.

In altri termini, relativamente a tale secondo aspetto, poiché il *rating* d'impresa viene costruito invece che su requisiti oggettivi e misurabili (es. esistenza o meno di determinate certificazioni; esistenza o meno di una, o più, condanne per un determinato reato ecc.), come peraltro imporrebbe la legge delega, su requisiti soggetti ad apprezzamento discrezionale, il problema è che la valutazione di tali aspetti che la legge nazionale e comunitaria riserva alla stazione appaltante, quale soggetto in grado di considerarne al meglio volta per volta la rilevanza, viene a queste ultime sottratta, in funzione di una valutazione generalizzante, e per di più vincolante, quindi illegittima, sulla qualificazione di

chi intenda concorrere ad una qualsiasi gara (laddove non si ricada nell'ancor più grave vizio di interferire con l'offerta, come sopra rilevato).

Sempre restando al merito, il testo in consultazione appare, poi, **ancora una volta assai distante dal concetto di premialità sostanziale** cui avrebbe dovuto essere principalmente ispirato, e che l'ANCE auspicava.

Dall'esame del paniere di elementi considerati dall'ANAC ai fini del rilascio del rating, infatti, e del sistema di calcolo ivi assunto, **si deduce il persistere della preminente volontà di penalizzazione delle imprese**, nel senso che può essere acquisito punteggio positivo per lo più "in assenza" di elementi penalizzanti (prevalentemente incentrati su requisiti generali e di moralità), invece di premiare la solidità delle stesse, o anche la loro vera e comprovata reputazione esecutiva.

Ora, ANCE riconosce piena valenza all'esigenza di rafforzare la trasparenza, la correttezza e la legalità del settore.

Coloro che si siano resi effettivamente responsabili di condotte corruttive non possono concorrere con le imprese serie e corrette; ma questo è già disciplinato altrove (art.80 Codice).

Tuttavia, tale finalità – che, lo si vuole ripetere, appare pienamente condivisibile – va opportunamente perseguita attraverso una normazione specificamente dedicata (cioè in primo luogo il codice penale), e non surrettiziamente, incidendo sulla normativa preposta alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di un'opera pubblica.

Questo, infatti, è l'errore di approccio commesso dalla legge Merloni - e da tutta la successiva normativa di settore - scritta, com'è noto, sull'onda emotiva dei fatti di corruzione di quella stagione. E che tale esperienza non ha dato i risultati attesi, in termini di contrasto all'illegalità, è palese.

Illegalità e inefficienza costituiscono, infatti, due patologie distinte dell'azione amministrativa, come tali da perseguire con autonoma strumentazione, opportunamente coordinata con quella relativa alla contrattualistica pubblica.

Contro l'illegalità nel mondo degli appalti pubblici sono state adottate nel tempo molteplici disposizioni "di presidio".

Si pensi, ad esempio, alle misure di cui al D.Lgs. n. 190/2012, cd. Anticorruzione, o a quelle introdotte con il D. l. n. 90/2014, per non parlare della normativa di cui Codice Antimafia.

Disposizioni che ben possono essere affinate, ove ancora perfettibili, ma pur sempre rimanendo nella loro *sedes materiae*.

Quanto al Codice dei Contratti, peraltro, sono già previsti una serie di anticorpi "all'ingresso" (le cd "cause di esclusione") che, oltre ad essere ben più robusti e selettivi rispetto a quelli previsti a livello comunitario, non consentono la partecipazione agli operatori colpevoli delle condotte illecite ivi descritte.

Il conseguimento di un'opera pubblica in tempi certi e costi adeguati deve passare principalmente per un efficientamento dei procedimenti amministrativi di spesa, di affidamento e di controllo sull'esecuzione dei lavori.

E' infatti notorio che procedure eccessivamente pesanti e farraginose finiscono per essere la "culla" della corruzione stessa, paralizzando i funzionari onesti, che hanno voglia di fare, e scoraggiando le imprese sane, che vogliono competere su un mercato concorrenziale.

Purtroppo, la bozza di documento posto in consultazione non sembra fare tesoro di tale esperienza, attribuendo al rating di impresa la principale funzione di moralizzazione del settore. Il rating è infatti subordinato ad una serie di adempimenti e requisiti che poco o nulla hanno a che vedere con la reputazione esecutiva e strutturale dell'impresa.

Anche per tali ragioni, che si aggiungono, quindi a quelle di matrice comunitaria, **il documento non appare condivisibile nella sua filosofia "di fondo"**.

Va poi tenuto conto del fatto che **la realizzazione di una opera pubblica è una fattispecie estremamente complessa e articolata che non può essere misurata con la logica della patente "a punti"**, poiché questa non premia la capacità delle imprese di portare a termini le opere ma incentiva solo una rigidità delle procedure.

In questa ottica, ad esempio, non è plausibile la previsione di una penalizzazione delle imprese in caso di incompletezza nell'invio della documentazione per la richiesta del rating stesso, cosa che viene a costituire un disincentivo per la richiesta, in chiara contraddizione con il senso stesso dell'istituto.

Così, si perde un'occasione.

Ancora, il sistema ipotizzato contrasta con i principi di economicità e efficienza dell'azione amministrativa.

Infatti, mentre le amministrazioni hanno l'obbligo di redigere in ogni caso le schede di valutazione delle imprese (con un ingente numero di dati), la richiesta del rating da parte dell'impresa è una mera eventualità.

Quanto poi ai singoli criteri, gli stessi, oltre a non essere esclusivamente premiali, non sono, come già detto, né oggettivi, né misurabili, senza contare che la rispettiva valutazione viene rimessa alla totale discrezionalità della stazione appaltante, o meglio alle valutazioni unilaterali dei singoli Rup o Direttore dei lavori.

Per equità, si potrebbe allora ipotizzare che la qualificazione delle stazioni appaltanti debba essere rilasciata dalle imprese.

Tale unilateralità e tale indeterminatezza non favoriscono certamente la diffusione di pratiche virtuose e possono, per converso, diventare "terreno di coltura" per il fiorire di fenomeni distorsivi e corruttivi, a danno delle imprese sane.

Non solo.

E' noto infatti che il sistema di qualificazione/centralizzazione delle stazioni appaltanti, ossia uno dei pilastri (o dei presupposti) su cui si fondava il nuovo Codice, non è mai partito.

Ciò, a fronte di un processo di destrutturazione e depauperamento delle professionalità tecniche all'interno delle pubbliche amministrazioni in atto da almeno 20 anni.

Un esame oggettivo delle attuali capacità amministrative delle stazioni appaltanti- al netto



di alcune grandi realtà – fa registrare una flessione anche delle attività ordinarie.

Se questo è vero, non sembra logico addossare a queste stazioni appaltanti ulteriori oneri valutativi, peraltro molto delicati, idonei peraltro a riflettersi nei rapporti dell'impresa con tutte le stazioni appaltanti, oltre a quella emittente il giudizio.

Anche al sistema di punteggio non ha una graduazione chiara: ciò implicherà necessariamente lungaggini, scarsa trasparenza e possibili danni all'impresa, tanto più che l'impianto del rating, viene ipotizzato in senso dinamico, ossia in continuo aggiornamento.

Le valutazioni del RUP o della DL, peraltro, sono assunte in assenza di qualsivoglia momento di contraddittorio (in spregio ai fondamentali principi di cui alla Legge n. 241/90) e senza alcuna verifica pertanto del rispetto del principio di proporzionalità.

Il contraddittorio viene tutt'al più consentito solo successivamente all'emissione di un giudizio negativo, come invece obbligherebbe l'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ai sensi dell'art. 10-bis della l. 241/2010; ciò che rende l'impostazione inaccettabile.

Tutto il documento denota, infine, un chiaro orientamento verso il mondo dei lavori pubblici, in quanto i parametri utilizzati, di fatto, sottendono la messa in opera di un cantiere, con evidente discriminazione/penalizzazione rispetto a servizi e forniture, in cui i momenti di valutazione sono assai inferiori.

**Quanto ai compiti rimessi all'ANAC**, è noto che, già ora, la mole di adempimenti di cui è gravata l'Autorità rende la sua azione non sempre tempestiva. Si pensi all'esperienza del precontenzioso, i cui esiti vengono spesso resi noti dopo che la gara si è esaurita. Il rischio è quindi che la formazione, a carico dell'ANAC, di un'ulteriore sistema di qualificazione delle imprese, ove non gestito in tempi rapidi, impedisca l'esplicazione dell'attività d'impresa, come tutelata dall'art. 41 della Costituzione, e ponga le imprese italiane in una condizioni di inferiorità rispetto ai competitors stranieri.

E' necessario poi **evitare qualunque sovrapposizione con le cause di esclusione di cui all'articolo 80** del Codice, poiché ciò appare confliggere con la necessità di individuare ulteriori elementi rispetto a quelli di qualificazione che possano meglio delineare la capacità e la professionalità delle imprese.

Sotto questo aspetto, nella bozza di Linee Guida, l'ANAC sembra invece estendere il perimetro applicativo dell'istituto Rating, ben oltre quanto previsto dalla Legge Delega.

In particolare, viene affermato che i requisiti penalizzanti sono considerabili solo se non rientranti tra le cause ostative di ammissione alla procedura di gara.

Tuttavia, non viene forse sufficientemente considerato che nell'art. 80, comma 5, lett. c), ossia nel c.d. illecito professionale, possono potenzialmente confluire tutte quelle situazioni che, ancorchè non rientranti nelle fattispecie tipizzate di cui alle altre lettere dell'art. 80, possono essere considerate come ostative dalla stazione appaltante, in quanto incidenti sulla moralità professionale del concorrente.

In particolare, se tutte le potenziali situazioni penalizzanti, sul piano della moralità, possono rientrare nella causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), le stesse finiscono certamente per essere considerate due volte: da un lato, quali condizioni di

esclusione alla gara; sotto altro profilo, magari con declinazione leggermente diversa, quali indici reputazioni valutabili ai fini del rating

Al fine di evitare tale duplicazione, si finisce quindi in una sorta di “probatio diabolica”:

Anche tale considerazione, lascia emergere che occorre abbandonare la logica della penalizzazione, verso quella della valutazione di elementi ulteriori, capaci di “fotografare” la maggiore qualità professionale dell’operatore, ferma restando, “ a monte”, l’insussistenza delle cause soggettive di esclusione dal sistema previste dall’art. 80 del nuovo Codice.

\*\*\*

Il Rating di impresa è stato introdotto dal Codice all’art. 83 comma 10, articolo che tratta dei criteri di selezione in gara; mentre è l’art. 84, comma 4, che chiarisce che le SOA debbono “attestare” il possesso della certificazione del Rating di impresa rilasciata dall’ANAC (senza meglio specificare a che scopo).

**Nel chiaro presupposto che il rating d’impresa riguarda tutti i settori (lavori, servizi e forniture), si evidenzia pertanto l’indeterminatezza della proposta laddove non chiarisce in che modo le SOA utilizzeranno il Rating** (punto 1.2, lett. c) e sotto questo profilo si rimanda alla proposta ANCE di Rating, basata su indici quali-quantitativi e reputazionali puntualmente quantificati, attraverso formule matematiche, all’interno della qualificazione.

Parimenti, non è chiaro, perché non definito, il meccanismo che porterebbe alla qualificazione delle imprese sotto i 150.000 euro (punto 1.2, lett. a). **Non è pertanto possibile valutare l’utilizzabilità di tale sistema al fine di qualificare in gara le imprese.**

Appare poi critico l’utilizzo del Rating ai fini del calcolo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, poiché in questo caso verrebbero premiate le imprese già “avvantaggiate” in qualificazione, con evidente duplicazione della premialità in gara (punto 1.2, lett. c).

## **I contratti da considerare ai fini del rilascio del rating di impresa (art. 2 schema Linee guida e §.4) (Omissis)**

### **Osservazioni ANCE**

Nel documento di consultazione si chiedono suggerimenti in merito ad un’eventuale estensione dei soggetti cui applicare il Rating d’impresa (punti 2.2 e 2.3).

Sotto un profilo generale, si evidenzia che ad un primo vaglio della disciplina sui soggetti cui si rivolge il Rating ipotizzato (appartenenti al mercato pubblico o privato, appaltatori o subappaltatori, nazionali ed esteri, etc.), il modello di rating sembrerebbe non rispettare i principi generali di parità di trattamento e di non discriminazione.

Infatti, nel modello di Rating, all’ampia casistica di soggetti ipotizzabile non corrisponde una compiuta disciplina che possa mettere, in concreto, tutti i soggetti interessati sullo stesso piano.

Ne è prova che il modello di Rating omette di chiarire come **calcolare il Rating nei confronti dei soggetti complessi come l’ATI o i consorzi** stabili, di cooperative e

artigiani.

Infatti, nonostante la partecipazione e l'esecuzione di appalti attraverso aggregazioni rappresenti la normalità, **nell'ipotesi di Rating in consultazione vengono considerate unicamente le imprese singole.**

Non appare, quindi, utile estendere ulteriormente l'applicazione del Rating, prima di aver chiarito con quali modalità vada applicato a tutti i soggetti di cui all'art. 45 del Codice.

In ordine a quali contratti sono da considerare ai fini del calcolo del Rating, si ritiene che il Rating non possa considerare in nessun modo **le procedure avviate prima dell'entrata in vigore delle linee guida del Rating (punti 2.4 e 5.4).**

Infatti, solo in questo modo la condotta tenuta dal concorrente ai fini della gara diviene consapevole della disciplina del Rating.

A riguardo, si evidenzia la contraddittorietà del Rating, laddove fa riferimento per l'applicazione del Rating ai contratti e poi singolarmente considera alcuni comportamenti prodromici e strumentali alla partecipazione della gara stessa.

E' il caso degli indici che considerano indirettamente la correttezza e completezza della documentazione presentata, o di quelli che valutano l'applicazione del soccorso istruttorio.

Il dubbio che può sorgere in proposito è che il Rating abbia effetto retroattivo, laddove in prima applicazione potrebbe considerare fatti anteriori all'entrata in vigore di detto sistema.

Per quanto riguarda il **numero di anni da considerare** ai fini del Rating, visto l'effetto potenzialmente negativo dello stesso, non si condivide il sistema di azzeramento degli anni in presenza di errori.

In ultimo, ai fini del rilascio del rating di impresa (punti 2.1, 2.4 e 2.5) le linee guida fanno riferimento ad una valutazione dei "comportamenti tenuti dagli operatori economici", negli ultimi cinque anni. Nell'ambito delle misure in materia di sicurezza sul lavoro, un'accezione così generica appare assolutamente inadeguata, posto che non fa riferimento neanche a violazioni definite in sede amministrativa, ovvero oggetto di un provvedimento passato in giudicato, in analogia con quanto previsto dal regolamento attuativo in materia di rating di legalità.

Per quanto riguarda il momento in cui è necessaria la rilevazione del comportamento dell'operatore economico, **per quegli aspetti non interessati da contenzioso, manca qualsivoglia momento di contraddittorio con l'impresa.**

Da notare che sussistono diverse incoerenze sul momento di rilascio del Rating di impresa.

Infatti, se da una parte parrebbe individuato quale momento decisivo quello dell'ultimazione della prestazione, altrove si evidenzia che il mancato collaudo costituisce elemento ostativo al rilascio del Rating.

La stessa contraddittorietà sussiste, laddove terminata la prestazione rileva l'attivazione della decennale postuma prevede una penalità.

Inoltre, sotto un diverso profilo, non viene definita alcuna tempistica certa per il rilascio da parte dei Committenti delle schede di valutazione e per gli eventuali aggiornamenti a

seguito di tutte le eventualità previste, sia prima che dopo l'ultimazione della prestazione.

Al riguardo, si osserva altresì che il Rating sarebbe condizionato per ogni singolo appalto dai tempi di rilascio e corretta redazione delle suddette schede di valutazione per i partecipanti in gara nonché di quella relativa all'esecuzione da parte dell'aggiudicatario.

Tuttavia, la quantità e qualità delle informazioni che le stazioni appaltanti dovrebbero rilasciare sembra assolutamente incompatibile con l'attuale capacità di queste ultime, che già oggi hanno difficoltà al rilascio nei tempi i Certificati di Esecuzione lavori.

Da notare che nel documento non viene considerata l'unicità dei beni tutelati, in cui interviene, oltre alla stazione appaltante, anche la Soprintendenza.

Poco chiaro appare anche il riferimento ai contratti pluriennali.

### I requisiti reputazionali (art. 3 schema Linee guida e §.5) (*omissis*)

#### **Osservazioni ANCE**

La valutazione dei requisiti reputazionali, ai fini del rilascio del rating di impresa, che fa riferimento alla scheda di valutazione della performance allegata alle linee guida, è in contrasto con la ratio del rating di legalità, improntato a premiare le aziende, piuttosto che a penalizzarle.

Inoltre, si rileva che per quanto riguarda le **'performance dell'impresa'**, i parametri individuati per il rilascio del rating sono tutt'altro che "oggettivi" e "misurabili", come previsto dal Codice.

In particolare, non si condivide l'indice che considera la sostituzione del **subappaltatore appartenente alla terna** in gara, laddove – senza alcuna colpa dell'appaltatore – il primo non possa o non voglia confermare la propria disponibilità, penalizzando così il concorrente.

Anche in questo caso sarebbe preferibile eliminare tale indice.

Una seconda criticità nasce dall'indice che considera il **ritardo nella presentazione della documentazione**. Posto che il Codice considera solo termini massimi per la consegna dei documenti e non termini minimi, tale indice deve essere eliminato perché fonte di possibili abusi, troppo generico e, comunque, non soggetto ad alcuna possibile contestazione in ordine alla congruità ed alla proporzionalità dei termini.

In questo caso le censure sono le stesse che cadono sull'indice che considera il **mancato o tempestivo adeguamento ordini di servizio**, poiché attribuiscono un potere unilaterale di giudizio al RUP, rischiando di creare i presupposti per atti ingiusti, arbitrari, fino a prestare il fianco a degenerazioni più gravi come i casi di concussione/corruzione.

Per quanto riguarda le **contestazioni da parte del responsabile della sicurezza**, il punto 3 della scheda, è assolutamente generico e fa riferimento a tutte le contestazioni in materia di sicurezza sul lavoro senza neanche tenere conto, peraltro, di quelle oggetto di atti endoprocedimentali né tantomeno oggetto di provvedimenti divenuti

inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato.

Non si comprende, inoltre, né il ruolo né tantomeno la definizione di “responsabile della sicurezza sul lavoro” a cui fa riferimento il medesimo punto 3 della scheda di rilevazione, non essendo tale figura contemplata in nessun testo normativo vigente.

Nella nota esplicativa (punto 5.1. lettera c), il riferimento alla penalizzazione conseguente ad un infortunio è assolutamente troppo generica tenuto conto che il codice penale prevede, nel caso di reati commessi con violazione delle norme antinfortunistiche di cui agli articoli 589, secondo comma e 590, terzo comma, (infortuni mortali, gravi o gravissimi), pene diverse a seconda della gravità.

È inaccettabile, inoltre, il criterio che prevede la ponderazione del punteggio di un operatore economico in funzione del ruolo svolto nell’ambito di un appalto.

Parimenti critici sono gli indici (negativi) che prendono in considerazione genericamente fatti che possono sorgere durante l’**esecuzione dei contratti**.

E’ il caso del rispetto dei tempi di esecuzione, valutato in maniera unilaterale dal Committente, che è privo di significato in quanto l’Appaltatore potrebbe aver motivatamente richiesto e non ottenuto proroghe o sospensioni del termine, contestando nelle riserve il mancato rilascio.

Anche il rispetto dei costi di esecuzione può divenire critico laddove non dipendente dall’Appaltatore, ma frutto di legittimi atti disposti dalla stazione appaltante. Parimenti, l’iscrizione di riserve inammissibili/infondate richiama ancora una volta il giudizio unilaterale del RUP o del DL, senza sia necessario aspettare agli esiti definitivi del contenzioso sulle riserve.

Inoltre, tali indici sono troppo generici perché possano essere considerati affidabili, laddove conteggiano qualsiasi riscontro del RUP in merito a ritardi nell’esecuzione o agli incrementi dei costi di esecuzione, cui si aggiungono eventualmente le “eventuali anomalie” insorte successivamente all’ultimazione della prestazione.

Sebbene nella nota di commento sia specificato che sono rilevanti solo i fatti attribuibili all’esecutore, mancano nel caso specifico soglie di rilevanza qualitativa e quantitativa delle suddette mancanze nonché manca una riflessione sul loro accertamento definitivo in termini di fondatezza.

Al di là del mero aspetto eventualmente afflittivo di un riscontro che interessi tempi e costi, appare ancora più grave il fatto che manca qualunque forma di contraddittorio tra stazione appaltante e impresa prima dell’emissione della scheda di valutazione, nella quale sono contenute numerosissime valutazioni di carattere altamente discrezionale, anche in contrasto con i principi sanciti dalla legge 241/90.

Analoghe considerazione possono valere per gli altri parametri, legati a contestazioni della Committenza e che non prendono in considerazione la posizione dell’appaltatore.

Con riferimento al requisito reputazionale contenuto al punto 8 della scheda allegata alle Linee Guida e riguardante la corretta gestione del personale si richiama l’attenzione sul fatto che il punteggio massimo non può essere decurtato a fronte del verificarsi di una fattispecie prevista normativamente, quale quella dell’intervento sostitutivo della stazione appaltante (art. 30, comma 5 e 6) che, peraltro, pone rimedio molto spesso a

situazioni patologiche ove l'irregolarità della impresa nei confronti degli obblighi di pagamento agli enti previdenziali deriva proprio dai ritardi nei pagamenti della PA.

Ancor di più grave sarebbe una valutazione simile ove l'intervento sostitutivo della stazione appaltante operi per mancanze del subappaltatore, riverberandosi poi effetti sul rating dell'appaltatore.

In ogni caso, si ritiene che le ipotesi di intervento sostitutivo della stazione appaltante non possono, comunque, essere inquadrare come motivo di decurtazione sul rating.

Si rileva, inoltre, che non sono assolutamente menzionati veri criteri di premialità in materia di sicurezza quali, a solo titolo esemplificativo, l'adozione da parte dell'impresa di modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nonché la relativa asseverazione da parte degli organismi paritetici istituiti dalle parti sociali comparativamente più rappresentative.

Ipotesi mancante al punto 8 della scheda allegata (da inserirsi nel box requisiti reputazionali art. 3 schema Linee guida e par. 5)

Significativa, invece, è la mancanza, tra i criteri reputazionali ai fini dell'ipotesi di rating di impresa, dell'ipotesi di una evidente distorsione nell'applicazione del contratto collettivo di riferimento, in contrasto con quanto stabilito dallo stesso art. 30, comma 4, del codice dei contratti, in attuazione di un vero e proprio dumping contrattuale e a sfavore della corretta concorrenza sul mercato.

Seppur disciplinato dal Codice, non è condivisibile istituire decurtazioni legate all'**utilizzo del soccorso istruttorio**, che dovrebbe essere un diritto dell'impresa e pertanto non passibile di penalizzazioni di sorta.

In particolare, appare iniquo l'**attivazione del soccorso istruttorio** venga considerata motivo di demerito, tanto più che è del tutto gratuita, e quindi, liberamente accessibile.

Tale scelta non è inoltre condivisibile, perché contrasta con la disciplina europea, in cui il soccorso istruttorio non è mai sanzionato.

Peraltro, la complessità derivante dal corpus normativo del Codice (ad esempio con riguardo alla terna dei subappaltatori) rende **in molti casi praticamente inevitabile l'utilizzo di tale strumento** e sanzionarlo sarebbe ancor più nocivo laddove fosse attivato dalla stazione appaltante per richiedere informazioni non presenti nel bando o non strettamente necessarie.

Per quanto riguarda gli **indici 'generali'**, particolarmente critico è quello che prende in considerazione l'**escussione della cauzione** per mancata sottoscrizione del contratto di appalto (punto 3.10).

Infatti, tale indice, posto al di fuori di qualsiasi riflessione sulla legittimità della mancata sottoscrizione dell'appalto, sembrerebbe affermare che l'impresa, che non possa o non voglia sottoscrivere il contratto, subisca la doppia penalizzazione dell'annotazione sul casellario (anche per successivo riscontro del motivo di esclusione del cd. 'illecito professionale') e del preconstituirsi di un elemento di valutazione negativa del Rating.

Inoltre, appare critico l'indice che considera i casi in cui sia necessario attivare la **polizza decennale postuma**, perché, da un lato, si sottopone alle stesse censure sulla mancanza

di definitività e consistenza della condotta dell'impresa, e, dall'altro, non appare sincronizzata con lo stesso sistema di Rating.

Infatti, non è chiaro come la penalizzazione del Rating possa colpire l'impresa anche a distanza, ad es., nove anni dall'esecuzione dell'opera, poiché – come visto - sono rilevanti i comportamenti degli ultimi cinque anni.

In ultimo, considerato quanto sopra, manca un chiarimento definitivo dei rapporti di tale Rating con quello di legalità.

## **Il calcolo del rating di impresa (art.4 schema Linee guida e §.6) (omissis)**

### **Osservazioni ANCE**

**Come già evidenziato nelle osservazioni ANCE alla consultazione ANAC del 2016,** sussiste un problema di carattere generale (valevole, cioè, in relazione a tutti gli indici reputazionali) e preliminarmente rispetto alle alternative proposte.

Tale problematica riguarda **l'individuazione del “momento” di valutazione in contraddittorio degli indici** (segnatamente di quelli penalizzanti per le imprese); ciò, soprattutto in ragione di una valutazione, da parte dell'ANAC, che porterebbe avvenire in automatico e, cioè, sulla scorta dei flussi di informazione pervenuti dalle singole stazioni appaltanti.

Gli indici devono infatti basarsi su dati oggettivi in possesso dell'Autorità (attraverso la Banca Dati presso il MIT ed oggi casellario informatico delle imprese) o reperibili dalla stessa mediante interconnessione ad altre Banche dati, ciò presuppone un problema di essenziale soluzione (si pensi alle risoluzioni in danno all'impresa, definitivamente accertate).

Infatti, laddove il flusso informativo proveniente dalle Banche Dati sia insufficiente, l'ANAC chiederà un approfondimento di indagine direttamente alla stazione appaltante, non all'impresa. La documentazione così inviata potrà essere utilizzata nel successivo contraddittorio con l'impresa interessata, che si svolgerà sempre presso la stessa Autorità.

Nella scelta tra rilascio automatico o in contraddittorio con l'operatore di un Rating decurtato, manca un accertamento in contraddittorio con l'operatore economico.

Infatti, se si intende elevare l'analisi dei singoli comportamenti dell'appaltatore ad elemento di qualificazione dello stesso ai fini dell'accesso al mercato dei lavori pubblici, è indispensabile che gli indici reputati rilevanti a tal fine siano oggetto di una valutazione attenta e ponderata nell'ambito di un vero e proprio contraddittorio valutativo con l'operatore economico.

**Sono pertanto da evitare entrambe le opzioni proposte in merito alle modalità di acquisizione dei dati del Rating,** laddove considerano ai fini sanzionatori la responsabilità del richiedente sulla completezza della documentazione presentata per il calcolo dello stesso Rating.

Con riguardo all'eventuale utilizzo di algoritmi compensatori, non si ritiene opportuno suggerire ulteriori ponderazioni e/o correttivi per il calcolo della media (punti 3.4 e 3.5).

Infatti, come osservato nel corso della consultazione del 2016, nell'ambito degli appalti di lavori, si ritiene più coerente con il concetto di Rating un sistema totalmente diverso che definisca un punteggio dato dalla somma dei valori 'positivi' che l'operatore raggiunge in ogni singolo indice, anziché il sistema che si leghi – per quanto con correzioni matematiche - alla mancanza di specifiche carenze.

Infatti, nonostante venga escluso, il Rating ipotizzato appare più vicino ad un sistema più simile alla "patente a punti", che ad un sistema premiale come quello del Rating di legalità cui dovrebbe ispirarsi quello d'impresa.

In particolare, nel Rating di legalità sono "virtuose" le aziende che rispettano volontariamente i contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e da Confindustria o utilizzano sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge, adottano un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001 o processi per garantire forme di Corporate Social Responsibility o sono iscritti alle cd. "white list", etc.

Il sistema ipotizzato, invece, non si sofferma su elementi volontari dell'impresa che ne accrescono la qualità, ma apre ad una metodologia idonea a valutare di volta in volta il mancato demerito degli operatori economici.

Il rischio è che **il sistema costruito, in quanto facoltativo, non superi il primo vaglio della convenienza da parte delle imprese**, che più di vedere l'opportunità di essere valorizzate, potrebbero riscontrare un serio e pericoloso rischio di essere penalizzate.

Alla luce di ciò, il rating d'impresa, anziché risultare uno strumento utile, appare superfluo se non dannoso, e rischia di impedire la ripresa del settore degli appalti pubblici, già fortemente in crisi, gravando gli operatori economici di ulteriori oneri e rischi di incorrere, inutilmente, in sanzioni e penalizzazioni.

Su questo presupposto, l'ANCE, nella tabella in calce al testo, ha ipotizzato la riforma del previgente incremento convenzionale premiale (ICP) dei requisiti di attestazione, al fine di definire indici quali-quantitativi e reputazionali e relativi punteggi.

In sostanza, nella tabella ANCE, si propone la sommatoria algebrica delle positività a carattere oggettivo (il cui accertamento è affidato **SOA**, durante la procedura di qualificazione).

A tale proposito, nelle more dell'attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, giova evidenziare il ruolo chiave dell'ANAC nel giudizio delle negatività. Infatti, quest'ultima **non può limitarsi a registrare quanto segnalato**, ma dovrebbe esprimere un giudizio, sentite le parti coinvolte, ciò al fine di raggiungere la giusta certezza di un precedente che potrebbe influire anche pesantemente sulla qualificazione dell'impresa interessata.

Inoltre, per quanto concerne il giudizio delle *past-performance*, va dato rilievo al certificato di collaudo o a quello di regolare esecuzione (nei termini spiegati successivamente e in tabella, allegato 1) e non alle valutazioni del DL e non del RUP.

Per quanto riguarda gli elementi positivi, si evidenziano quei requisiti eccedenti la qualificazione che sono di tali importanza da connotare la solidità economica e strutturale dell'impresa, tra cui il patrimonio netto e gli investimenti in attrezzature e/o



personale.

Inoltre, come prima accennato, nella tabella di Rating ANCE **viene esclusa la possibilità di attribuire un punteggio di Rating negativo** all'operatore economico, preferendosi un sistema che valga non quale condizione di accesso alla qualificazione, bensì come indice moltiplicatore dei requisiti posseduti (alla stregua dell'attuale indice convenzionale premiante).

Infatti, solo in tal modo si può evitare il contrasto con legge delega (lett. *uu*), che non prevede, in via generale, la possibilità che il Rating d'impresa possa essere penalizzante; al contrario, la stessa attribuisce un effetto solo premiante al Rating.

La legge delega, a ben vedere, prevede la possibilità di penalizzazione, unicamente laddove si ipotizza un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, per il solo caso di denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici (lett. q, n.5).

Ad avviso dell'ANCE, **il Rating dovrebbe funzionare alla stessa stregua dell'incremento convenzionale premiante** di cui all'art. 80 del DPR n. 207/2010, attribuendo un punteggio variabile in base alle capacità specifiche dell'impresa .

In linea teorica, pur incidendo nei soli appalti di lavori, il Rating proposto sarebbe invece **calcolato anche in base alle performance negli appalti di servizi e forniture**, indipendentemente dal loro utilizzo in queste tipologie di appalti.

Ad ogni modo, i parametri individuati non sembrerebbero facilmente applicabili alle imprese che operano nei servizi e nelle forniture.

Non viene infatti chiarito come possano applicarsi ad un appalto di servizi – come quelli di ingegneria e architettura – gli indici relativi al rispetto dei tempi contrattuali, dei costi o alla attivazione della decennale postuma.

## **I nuovi entranti sul mercato (§.7) (omissis)**

### **Osservazioni ANCE**

Per quanto riguarda 'i requisiti reputazionali', il carattere tendenzialmente afflittivo del Rating finisce per favorire le imprese che entrano per la prima volta nel mercato degli appalti pubblici.

Infatti, queste ultime accedono al rating rinunciando ai soli **punti apportati dalla storicità**, mentre le imprese già presenti possono essere penalizzate e rinunciare ai punti 'esperienza' acquisiti per il solo fatto di essere ricorse al soccorso istruttorio.

Infatti, come specificato dall'ANAC, viene attribuito un punteggio pari a 1 punto per ogni anno di attività nel mercato dei contratti pubblici antecedente quello della richiesta di rating di impresa senza elementi ostativi o penalizzanti al rilascio del rating di impresa.

Ne consegue che, di converso, il metodo di valutazione della storicità dell'azienda è troppo penalizzante laddove stabilisce che la presenza di uno qualunque degli elementi c.d. penalizzanti interrompe il decorso del suo conteggio.

## I casi di omessa denuncia (§. 8) (omissis)

### **Osservazioni ANCE**

Come già osservato nella consultazione del 2016, occorre non considerare tale indice ai fini dell'attribuzione del Rating in quanto **rappresenta un requisito generale**, previsto come causa di esclusione. Inoltre, la legge delega lo considera del tutto separatamente dal rating d'impresa, con finalità che, **pertanto, non possono e non devono sovrapporsi, pena la violazione dei principi di delega** (art. 1 lettera q-punto 5).

## Il periodo transitorio (art. 5 schema Linee guida e §.9) (omissis)

### **Osservazioni ANCE**

Fermo restando quanto sopra, nel periodo transitorio non è comunque possibile attribuire un carattere penalizzante a eventi, situazioni e comportamenti per i quali non erano previste, in passato, ripercussioni sull'affidabilità dell'impresa.

Tale circostanza, infatti, può aver condizionato la valutazione sulla opportunità di sollevare contestazioni rispetto a provvedimenti sanzionatori applicati all'impresa (esempio le penali).

\*\*\*\*\*

### **Allegato 1**

*Si ritiene opportuno prevedere un meccanismo che premi la qualificazione delle imprese più meritevoli, perché orientate verso scelte imprenditoriali virtuose.*

*Il futuro sistema di incremento convenzionale premiante ipotizzato da ANCE, sostitutivo dell'attuale ICP, dovrebbe basarsi su indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili (in linea con l'art. 1 lettera g della legge delega) e può coesistere con il futuro Rating d'impresa rilasciato dall'ANAC.*

*Si tratta di elementi primari che, transcendendo la logica del mero fatturato, contraddistinguono la capacità intrinseca dell'impresa, indipendentemente dalla forte e perdurante crisi di mercato.*

*Tenendo conto di questi presupposti, sono stati individuati dieci possibili capisaldi, su cui dovrebbe basarsi il Rating ed è stato ipotizzato che questo possa essere utilizzato come una premialità nella nuova qualificazione SOA. Gli indici quali-quantitativi e reputazionali, dovrebbero essere composti dai seguenti indicatori:*

- a. *consistenza del patrimonio netto,*
- b. *indice di liquidità,*
- c. *indice di economicità,*
- d. *incidenza costo personale operaio,*
- e. *incidenza costo per personale tecnico e amministrativo,*
- f. *incidenza costo attrezzatura tecnica,*
- g. *vita aziendale,*

*h. certificazioni (favorevole pertanto il giudizio in merito alla valenza delle certificazioni di qualità specifiche quali UNI ISO 9000, OHSAS 180000, ISO 14000, BS 18001),*

*i. Staff tecnico,*

*l. oscillazione rispetto al tasso della tariffa INAIL*

*Non si ritiene invece opportuno dare valenza penalizzante (in termini di decremento) ai suddetti indicatori.*

**Proposta testo: Incremento convenzionale premiante**

01. Qualora l'impresa possieda requisiti quali-quantitativi di cui al comma 1, ottiene l'incremento figurativo, in base alla percentuale determinata secondo quanto previsto dall'Allegato D, dei valori degli importi di cui al articolo 9, comma 3, lettera b), e comma 6, lettere b) e c). Gli importi così figurativamente rideterminati valgono per la dimostrazione dei requisiti delle suddette lettere. Per l'ottenimento delle classifiche XI e XII, l'incremento figurativo massimo è pari al 50%.

1. Gli indici quali-quantitativi, sono composti dai seguenti indicatori:

a) consistenza del patrimonio netto, costituito dal totale della lettera A) del passivo dello stato patrimoniale di cui all'articolo 2424 del codice civile dell'ultimo bilancio approvato;

b) indice di liquidità, costituito dal rapporto tra la somma delle liquidità e dei crediti correnti e la somma dei debiti correnti degli ultimi cinque bilanci approvati; le liquidità comprendono le rimanenze per lavori in corso alla fine dell'esercizio;

c) indice di economicità, costituito dalla differenza tra il valore e i costi della produzione di cui all'articolo 2425 del codice civile;

d) incidenza costo personale operaio di cui all'articolo 9, comma 10, calcolato in ragione dei requisiti di cui all'articolo, comma 1, lettera c);

e) incidenza costo per personale tecnico e amministrativo di cui all'articolo 9, comma 10, calcolato in ragione dei requisiti di cui all'articolo, comma 1, lettera c);

f) incidenza costo attrezzature tecniche di cui all'articolo 9, comma 8, calcolata in ragione dei requisiti di cui all'articolo, comma 1, lettera c);

g) vita aziendale, calcolata sugli anni dalla data di costituzione; a tal fine, è computata anche l'attività pregressa della ditta individuale conferente;

h) certificazioni dalle quali risulti che operi conformemente ai requisiti degli standard gestionali in relazione a specifici aspetti, quali a titolo esemplificativo e non esaustivo: gestione qualità del sistema di produzione, ISO 9000 e s.m.i.; modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati ex legge n. 231/2001 e s.m.i.; gestione ambientale, ISO 14000 e s.m.i.; gestione della sicurezza e salute dei lavoratori, OHSAS 18000 e s.m.i.; certificazione etica, SA 8000 e s.m.i.;

i) staff tecnico, di cui all'articolo 11, comma 1;

l) oscillazione rispetto al tasso della tariffa INAIL da calcolare in relazione agli interventi effettuati per il miglioramento delle condizioni di sicurezza e di igiene nei luoghi di lavoro nonché all'andamento degli infortuni e delle malattie professionali; costituita dalla variazione in riduzione rispetto al tasso iniziale determinato nell'ultimo decennio, o dalla prima denuncia.

2. Per le ditte individuali e le società di persone, i requisiti di cui all'art. 12, comma 1, sono dimostrati mediante il libro degli inventari o il bilancio di verifica riclassificato e

vidimato da un professionista abilitato.

3. La percentuale di rideterminazione degli importi di cui al comma 01 corrisponde al punteggio assegnato all'operatore economico ai sensi dell'allegato D, risultante dalla somma dei singoli indicatori di cui al comma 1, da cui è sottratta la soglia minima di 60 punti. Il punteggio utilizzato per la rideterminazione degli importi costituisce l'indice quali-quantitativo dell'impresa e può essere utilizzato dalle SOA al fine di cui al comma 01.

3-bis. I requisiti economico-finanziari di cui al comma 1, lett. d), e) ed f), sono calcolati sulla media degli ultimi cinque bilanci depositati e, per le ditte individuali e le società di persone, sono dimostrati mediante il libro degli inventari o il bilancio di verifica riclassificato e vidimato da un professionista abilitato.

3-ter. Il punteggio negli indicatori di cui al comma 2, lettere a), d), e) ed f), è determinato in relazione alla cifra di affari calcolata per la dimostrazione del requisito rispetto alla cifra di affari determinata per la dimostrazione del requisito di cui all'articolo 9, comma 3, lettera b).

3-quater. L'oscillazione del tasso medio di tariffa INAIL per prevenzione di cui al comma 1, lettera m), segue la riduzione del tasso medio di tariffa in misura fissa, calcolata in base al numero dei lavoratori-anno del periodo di riferimento e ponderata rispetto allo scaglione di lavoratori/anno previsto. Tale riduzione è accertata dall'INAIL, anche in attuazione delle disposizioni del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, e successive modifiche ed integrazioni, nonché della specifica disciplina di settore. L'oscillazione del tasso è calcolata con riferimento all'ultima comunicazione del tasso applicato, inviata dall'INAIL all'azienda.

3-quinques. L'incremento convenzionale premiante può essere applicato anche nel caso di cessione o conferimento dell'intera azienda nel rispetto delle condizioni previste alla parte IV.

4. L'incremento convenzionale premiante può essere applicato anche nel caso di cessione o conferimento dell'intera azienda nel rispetto delle condizioni previste alla parte IV.

\*\*\*\*\*

***Calcolo dell'incremento convenzionale premiante sulla base degli indici quali quantitativi:***

**A) Tabella indice quali-quantitativo.**

n.	Indicatori	u.m.	Intervallo utile		PUNTI	
			Imin	Imax	Pmin	Pmax
A1	Patrimonio netto	%	10	30	10	30
A2	Indice di liquidità	n.	0,5	1	5	10
A3	Indice economicità	n.	3	5	3	10
A4	Manodopera operaia	%	6	12	0	20
A5	Personale tecnico/amministrativo	%	>0	5	0	20
A6	Macchinari ed attrezzature	%	2	4	0	20
A7	N° certificazioni	n.	1	5	0	10
A8	Vita aziendale (numero anni)	n.	10	30	0	20
A9	Abilitazione alla progettazione	liv.lo	1	3	0	5
A10	Oscillazione Tariffa INAIL	%	-85	-100	0	5

B) Determinazione del punteggio per il singolo indice.

Ai fini del calcolo dell'incremento convenzionale premiante, il punteggio dei singoli indicatori quali-quantitativi di cui alla lettera A è determinato nel seguente modo:

- ove il valore dell'indice non raggiunga il minimo richiesto, il punteggio è pari a zero;
- ove il valore dell'indice superi il valore massimo e pari al punteggio massimo previsto;
- ove il valore dell'indice sia pari o superiore al minimo richiesto, il punteggio viene determinato secondo la seguente formula:

$$P_{\text{impresa}} = \frac{P_{\text{max}} - P_{\text{min}}}{I_{\text{max}} - I_{\text{min}}} \times (I_{\text{impresa}} - I_{\text{min}})$$

*P<sub>impresa</sub>* = punteggio totale impresa negli indicatori quali-quantitativi, compreso tra 0 e 150 punti;

*P<sub>min</sub>* = valore minimo dei punti previsto per lo specifico indice;

*P<sub>max</sub>* = valore massimo dei punti previsti,

*I<sub>max</sub>* = valore massimo previsto al punto B per il singolo indice;

*I<sub>min</sub>* = valore minimo previsto al punto B per il singolo indice;

*I<sub>impresa</sub>* = valore nella voce dell'indice dimostrato dall'impresa.

C) Il punteggio nell'indice quali-quantitativo è pari alla somma totale del punteggio raggiunto sommando i singoli indicatori quali-quantitativi, da cui è sottratta la soglia minima di 60 punti, osservando la seguente formula:

$$IQQ = P_{\text{impresa}} - 60$$

*IQQ* = indice quali-quantitativo, espresso in punteggio;

*P<sub>impresa</sub>* = punteggio totale impresa negli indicatori quali-quantitativi A1, A2, A3, etc..

Ai fini del calcolo dell'incremento convenzionale premiante, laddove la somma dei punteggi riferiti ai singoli indicatori quali-quantitativi sia inferiore a 60 punti, l'impresa non accede all'incremento convenzionale premiante.

D) L'incremento convenzionale premiante - calcolato sommando i punti ottenuti nei singoli indicatori quali-quantitativi (eccedenti il punteggio soglia) e i punti dell'indicatore reputazionali - è pari, in percentuale, al valore determinato applicando al seguente formula:

$$ICP (\%) = IQQ$$

*ICP* = incremento convenzionale premiante applicabile, espresso in percentuale pari al punteggio risultante dall'applicazione della formula stessa;

*IQQ* = indice quali-quantitativo, espresso in punteggio.

Calcolo SOA:

**INDICE QUALI-QUANTITATIVO**

n.	ELEMENTI	PUNTI	
		Pmin	Pmax
<i>Impresa</i>			
A1	Patrimonio netto	10	30
A2	Indice di liquidità	5	10
A3	Indice di economicità	3	10
A4	Manodopera operaia	0	20
A5	Personale tecnico/ amministrativo	0	20
A6	Macchinari ed attrezzature	0	20
A7	N° certificazioni	0	10
A8	Vita aziendale	0	20
A9	Abilitazione alla progettazione	0	5
A10	Oscillazione rispetto al tasso medio della Tariffa INAIL	0	5
Totale punti quali-quantitativi (max 150)			

**RATING D'IMPRESA - ICP**

ELEMENTI	PUNTI
A <i>Indice quali-quantitativo (IQQ= Pimpresa-60)</i>	
TOTALE ICP ( <i>applicato dalla SOA</i> )	90%

*PUNTI* = punteggio totale impresa negli indicatori quali-quantitativi;

*IQQ* = *Indice quali-quantitativo, espresso in punteggio;*

*ICP* = *incremento convenzionale premiante applicato dalla SOA*

## 7) Articolo 84, comma 4

### Focus su:

Sistema unico di qualificazione degli esecutori di LL.PP. - requisiti

[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.

#### ✓ Osservazioni Ance

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 (vedi prima Osservazioni sub. art. 83, comma 10, in tema di rating d'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.

#### ✓ Proposta

Occorre migliorare la qualificazione SOA, al fine di:

- garantire la *par condicio* nella competizione tra le imprese e l'interesse pubblico a vedere opere concluse e non solo appaltate, prevedendo che gli indici di bilancio, al di sopra di certi importi, siano aggiuntivi e non sostitutivi rispetto al fatturato minimo richiesto ed escludendo dalla partecipazione allegare le imprese in stato di fallimento o in concordato di qualsiasi genere;

La riforma della qualificazione SOA passa per due momenti essenziali:

1) 'Congelamento' delle qualificazioni attuali, fino all'attuazione del nuovo sistema di qualificazione, al ricorrere di quattro parametri:

- ✓ patrimonio netto pari al 5% della cifra d'affari dell'ultimo anno;
- ✓ almeno tre anni degli ultimi 5 chiusi in utile;
- ✓ continuità dell'iscrizione in cassa edile;
- ✓ l'impresa non sia in concordato o non abbia presentato istanza di concordato.

2) Nuova qualificazione « a regime» sulla falsa riga della qualificazione sui beni culturali (i lavori sono utilizzabili dalla SOA indipendentemente dalla data in cui sono stati eseguiti), con verifica triennale 'alleggerita' ed ulteriori affinamenti.

## 8) **Articolo 95, commi 4 e 5**

### **Focus su:**

Criteri di aggiudicazione

[articolo 95, commi 4 e 5](#)

### **Criteri di aggiudicazione**

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.

### ✓ **Osservazioni Ance**

Le regole in vigore in materia di OEPV e prezzo più basso, rappresentano una delle cause di maggior blocco delle gare per la realizzazione di opere pubbliche, in quanto legate ad una specializzazione e qualificazione delle stazioni uniche appaltanti ancora inattuata. Si tratta di semplificare, e di velocizzare le gare di importo contenuto, spesso prive di interesse transfrontaliero e di complessità tecnica. Appare quindi utile e necessario, fino a quando non sarà pienamente operativo l'albo dei commissari ed il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, rendere possibile l'accesso a sistema di gara semplificati e anticollusione, soprattutto in assenza di complessità tecnica, tale da non richiedere criteri di aggiudicazione molto più complessi quali quelli dell'OEPV.

**Proposta:** Consentire per i lavori di importo pari o comunque non superiore alla soglia comunitaria, l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa **solo in presenza di complessità tecnica dell'appalto**. Innalzare conseguentemente fino alla soglia comunitaria (attualmente è 2 milioni di euro) l'importo dei lavori aggiudicabili con il criterio del prezzo più basso, sulla base del progetto esecutivo, con obbligo dell'esclusione automatica delle offerte anomale e con metodo antiturbativa semplificato rispetto all'attuale (su cui vedi anche oltre, sub art. 95).



## 9) Articolo 95, comma 10

### Focus su:

Costi manodopera

[articolo 95, comma 10](#)

### Costi della manodopera

Indicazione separata dei costi aziendali e dei costi della manodopera

#### **Nota**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione III) con sentenza del 17 aprile 2018, n. 2554 ha chiarito che la violazione dell'obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza aziendale (cc.dd. oneri interni) nell'offerta economica non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta, in quanto, ad avviso dello stesso, l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE non ha mai inteso comprendere l'inadempimento di questo mero obbligo formale tra le cause di esclusione. La formalistica soluzione escludente contrasta con la lettera dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, che non commina espressamente l'effetto espulsivo della concorrente per l'inadempimento di tale obbligo, ma anche con la sua finalità, che è quella di consentire la verifica della congruità dell'offerta economica anche sotto il profilo degli oneri aziendali «concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro in sede di verifica dell'anomalia, in coerenza con le previsioni del legislatore europeo nell'art. 18, par. 2, e nell'art. 69, par. 2, lett. d), della direttiva 2014/24/UE e nel considerando n. 37 della stessa direttiva, il quale rimette agli Stati membri l'adozione di misure non predeterminate al fine di garantire il rispetto degli obblighi in materia di lavoro. Il Collegio, pur nella ovvia consapevolezza che sul punto sussistono nella giurisprudenza nazionale orientamenti non univoci (v. ad esempio, nella diversità dei singoli casi, nel senso dell'automatismo escludente questo stesso Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2018, n. 518, T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, 27 marzo 2018, n. 1952 e, in senso contrario, T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, 20 luglio 2017, n. 8819) e che la stessa Corte di Giustizia, investita della questione interpretativa delle nuove norme della Direttiva 2014/24/UE, ha dichiarato irricevibile la questione sollevata dal Tribunale amministrativo regionale della Basilicata per l'assenza di interessi transfrontalieri rilevanti in quel giudizio (Corte di Giustizia UE, sez. VI, 23 novembre 2017, in C-486/17), ritiene che l'esclusione automatica di una impresa concorrente, nel quadro della nuova legislazione eurounitaria e nazionale, sia illegittima, se l'impresa dimostri, almeno in sede di giustificazioni, che sostanzialmente la sua offerta comprenda gli oneri per la sicurezza e che tali oneri siano congrui. Aggiunge il Consiglio di Stato che non è violato il disposto dell'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, il quale esclude dal soccorso istruttorio le incompletezze afferenti all'offerta tecnica ed economica, quando la stazione appaltante consenta all'impresa di specificare la consistenza degli oneri per la sicurezza già inclusi (ma non distinti) nel prezzo complessivo dell'offerta, senza ovviamente manipolare o modificare in corso di gara l'offerta stessa in violazione della trasparenza e della parità di trattamento tra i concorrenti. L'art. 56, par. 3, della direttiva 2014/24/UE consente alle stazioni appaltanti, infatti e sempre, di chiedere chiarimenti sulle informazioni già presenti nella documentazione presentata dai concorrenti, informazioni che a pieno titolo rientrerebbero tra le

giustificazioni di cui all'art. 69, par. 2, lett. d), della stessa Direttiva, sicché il divieto di ricorrere al soccorso istruttorio per gli elementi dell'offerta tecnica ed economica di cui all'art. 83, comma 9, del codice, laddove si intendesse riferito anche ai chiarimenti sul rispetto degli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro, costituirebbe evidentemente una disposizione nazionale violativa e non applicativa di tale Direttiva e, in parte qua, da disapplicarsi. Il TAR del Lazio-Roma con ordinanza n. 4562/2018 ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale "Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi pubblici determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara e, ancora, a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera, in linea peraltro con una dichiarazione all'uopo resa dalla concorrente"

✓ **Osservazioni Ance**

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.

## 10) Articolo 95, comma 10-bis

### Focus su:

Punteggio attribuito all'offerta economica

[articolo 95, comma 10-bis](#)

### Tetto massimo del punteggio economico

Disciplina relativa alla previsione, in norma primaria, del peso massimo da attribuire all'offerta economica.

#### **Nota**

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato con atto di segnalazione del 18 agosto 2017, n. AS 1422 ha espresso alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dal ""correttivo"" all'art. 95. L'Autorità rileva che la norma in esame, nella parte in cui prevede un tetto massimo per il punteggio economico, entro la soglia del 30%, limita eccessivamente la facoltà della stazione appaltante di tenere adeguatamente conto delle offerte economiche, conferendole, allo stesso tempo, un'ampia discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e a una adeguata concorrenza anche di prezzo tra gli offerenti.

#### ✓ Osservazioni Ance

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.

## 11) Articolo 97, commi 2 e 3

### Focus su:

Calcolo anomalia

[articolo 97, comma 2 e 3](#)

### Anomalia

Disciplina della soglia di anomalia.

Criteri di calcolo anche con riferimento al numero delle offerte ammesse

#### **Nota**

Il Consiglio di Stato, (sezione V), con ordinanza di remissione all'adunanza plenaria in data 17 maggio 2018, n. 3472 rileva che deve essere rimessa all'Adunanza Plenaria, ex art. 99 c.p.a., la questione relativa alla corretta interpretazione dell'art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50-2016, nella parte in cui si richiamano i "concorrenti ammessi" (secondo alinea della lett. b) per il computo del cd. "fattore di correzione", per stabilire se vi rientrano anche i concorrenti le cui offerte sono state escluse dal punto di vista aritmetico per il calcolo del cd. taglio delle ali.

#### ✓ Osservazioni Ance

Occorre intervenire, semplificandolo, sul sistema di determinazione della soglia di anomalia, al fine di preservarne l'efficacia antiturbativa e garantirne l'assoluta imprevedibilità. Ciò con riserva di ulteriore proposta.

## 12) Articolo 105

### Focus su:

Subappalto

[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.

### Nota

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione VI) con ordinanza del 10 maggio 2018, n. 3553 ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'U.E. la seguente questione pregiudiziale “se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), gli artt. 25 della Direttiva 2004/18 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 e 71 della Direttiva 2014//24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che non contemplano limitazioni per quanto concerne la quota subappaltatrice ed il ribasso da applicare ai subappaltatori, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 118 commi 2 e 4 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto e l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento”. Il TAR Lombardia (sezione I) con ordinanza n. 148/2018 ha disposto la remissione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della seguente questione pregiudiziale “Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), l'articolo 71 della direttiva 2014/24del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”.

✓ Osservazioni Ance

### **RIPORTARE LE IMPRESE ITALIANE IN EUROPA, ELIMINANDO I VINCOLI AL SUBAPPALTO**

La restrittiva disciplina del subappalto vigente in Italia vanifica l'istituto che, per antonomasia, è fra i principali strumenti di crescita del MPMI; la conclusione è nel senso diametralmente opposto a ciò che persegue, specie da ultimo, il legislatore comunitario, nel senso di favorire lo

sviluppo delle imprese minori. Sotto altro profilo va poi osservato che le imprese, a fronte dei necessari controlli, devono poter operare sul mercato organizzando i fattori della produzione al pari degli altri competitor europei. Un sana competizione consente al mercato di fornire le soluzioni adeguate nell'interesse delle amministrazioni e quindi della collettività. Diversamente, si ingessano le **procedure**, con aumento dei costi e diminuzione della qualità delle opere. In tale ottica, anzitutto occorre quindi superare i forti limiti al subappalto introdotti dal nuovo Codice dei contratti, come richiesto al Governo italiano dall'Unione europea.

E' necessario, pertanto, apportare le seguenti modifiche:

- ✓ superare il limite del 30 per cento dell'importo dell'appalto per il ricorso al subappalto;
- ✓ eliminare l'obbligo di ATI verticale per le categorie super-specialistiche;
- ✓ eliminare il limite della ribassabilità massima, per le prestazioni affidate in subappalto, del 20 per cento dei prezzi risultanti dall'aggiudicazione;
- ✓ eliminare il divieto di ribasso sui costi della manodopera relativi alle prestazioni affidate in subappalto;
- ✓ eliminare l'obbligo del pagamento diretto del subappaltatore in caso di micro o piccola impresa, sia in caso di appalto sia di concessioni;
- ✓ eliminare l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori, sia in caso di appalto sia di concessioni;
- ✓ eliminare l'impossibilità 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.

## 13) Articolo 110

### Focus su:

fallimento dell'esecutore e risoluzione del contratto

### Articolo 110

### Fallimento in corso di esecuzione

Coordinamento con la disciplina prevista dalla legge fallimentare e le regole della fase esecutiva dell'appalto

#### ✓ Osservazioni Ance

Si continuano a registrare gravi criticità dell'istituto del concordato in continuità aziendale, introdotto da qualche anno nell'ordinamento (cfr. art.186-bis della L. Fall.).

Tale strumento consente, com'è noto, alle imprese che vi accedono di restare sul mercato, pagando i propri creditori chirografari con percentuali spesso irrisorie. Ciò va a discapito dei creditori *in bonis*, che ne risultano gravemente penalizzati, e che, spesso, per tale ragione, entrando a loro volta in situazioni di crisi o pre-crisi.

Occorre, pertanto, prevedere, limitatamente al concordato con continuità aziendale, una soglia di soddisfacimento dei crediti chirografari, nella misura minima del 60%, pena l'inammissibilità della proposta di concordato.

L'introduzione della soglia renderebbe il concordato con continuità aziendale funzionale alle sole situazioni in cui vi sia una reale possibilità di ripresa dell'attività; al contempo, si impedirebbero i fenomeni distorsivi che si generano qualora l'impresa vi acceda solo per sollevarsi, temporaneamente, dal pagamento completo dei creditori, per poi finire comunque in una procedura liquidatoria.

Suscita inoltre perplessità il fenomeno dei soggetti sottoposti ad amministrazione straordinaria nel momento in cui questi intendano operare nel mercato dei lavori pubblici; fenomeno, questo, da osservare attentamente per valutarne la portata e i possibili effetti distorsivi del mercato.

#### ✓ **La partecipazione alle procedure di gara e l'esecuzione del contratto di appalto per le imprese in concordato "in bianco" o con continuità aziendale**

Appare inoltre necessario ribadire espressamente il principio secondo cui l'impresa che ha presentato domanda di ammissione al concordato "in bianco" o quello con continuità, non può partecipare alle procedure di gara (salvo che, in caso di ammissione alla continuità, sia stato previsto un piano di rientro che preveda la soddisfazione del 60 per cento dei creditori chirografari). Il divieto alla partecipazione a nuove procedure di gara, con l'unica eccezione sopra indicata, trae origine dalla necessità di tutelare in primo luogo il principio di concorrenza e par condicio fra le imprese, evitando che tali soggetti, nella formulazione delle offerte, possano trarre vantaggio dalla

propria situazione di crisi, stanti le particolari tutele dalle azioni esecutive dei creditori di cui godono. Peraltro, l'impresa sottoposta a tali procedure potrebbe non offrire sufficienti garanzie circa l'effettiva possibilità di adempiere alla propria offerta, essendo in una fase critica della sua attività. La preclusione alla partecipazione per tali soggetti (sia in forma singola che raggruppati) tutelerebbe anche il buon andamento dell'attività amministrativa, e soprattutto il superiore interesse pubblico alla realizzazione dell'opera.

✓ **La partecipazione alle procedure di gara e l'esecuzione del contratto di appalto delle imprese in fallimento.**

In linea con quanto sopra, occorrerebbe vietare alle imprese fallite di partecipare alle gare d'appalto, nonché di continuare ad eseguire i contratti in corso.

Ai sensi dell'art. 110 del Codice, infatti, il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa può, su autorizzazione del giudice delegato, partecipare a nuove procedure di gara ovvero essere affidatario di subappalto. Lo stesso curatore può, altresì, continuare nell'esecuzione dei contratti già stipulati (art. 110, c. 3). Tuttavia, l'ANAC, se l'impresa non è in regola con i versamenti dei contributi o con le retribuzioni o non ha i requisiti aggiuntivi - di cui alle emanande Linee guida ANAC - può subordinare la partecipazione all'individuazione di un'impresa ausiliaria, che faccia da garante nei confronti dell'amministrazione (art. 110, c. 5). Ora, tale previsione desta forti perplessità, in quanto può comportare gravi alterazioni della concorrenza e del principio di parità di trattamento, considerate le particolari tutele dalle azioni esecutive di cui godono i soggetti ammessi a tali procedimenti. Inoltre, l'impresa fallita non offre sufficienti garanzie per la prosecuzione del contratto d'appalto. Per tali ragioni, appare necessario valutare l'opportunità di eliminare la previsione in commento.

✓ **Le associazioni temporanee di imprese.**

Manca, inoltre, una misura specifica per le imprese riunite in associazione temporanea, laddove la mandataria sia interessata da una procedura di crisi. Andrebbe infatti chiarito che, in caso di dichiarazione di fallimento dell'impresa capogruppo di un'ATI, i crediti maturati dalla mandante nei confronti della stazione appaltante e riscossi dalla mandataria in virtù del rapporto di mandato, non confluiscono nel passivo fallimentare. I crediti delle mandanti, infatti, derivano da prestazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle realizzate dalla mandataria stessa.

D'altronde, è noto il principio secondo cui ognuno degli operatori economici riuniti conserva la propria autonomia gestionale, patrimoniale e fiscale come previsto dall'art. 48, comma 16, del D.lgs. 50/2016. A conferma di ciò, vi è il fatto che, per consolidata giurisprudenza, contestualmente al pagamento, sorge automaticamente in capo alla mandataria l'obbligo di versare alle mandanti le somme riscosse in loro nome e per loro conto. Non si vedono pertanto ragioni per cui tale meccanismo debba subire deroghe in caso di fallimento della mandataria. Peraltro, la stazione appaltante, a fronte del mancato pagamento alle mandanti dei lavori dalle stesse effettuati, potrebbe vedere fortemente compromessa la possibilità di corretto completamento dell'appalto, per sopravvenuta crisi di liquidità degli stessi. Sarebbe quindi illogico che, ai fini della riscossione dei crediti già liquidati dalla stazione appaltante, la mandante debba presentare istanza di insinuazione nel passivo fallimentare della mandataria. Anche la giurisprudenza è giunta alle medesime conclusioni (cfr. Corte di Cassazione, sezione I civile, sentenza 17 gennaio 2017, n. 973). In passato, una prima risposta era contenuta nell'art. 118, comma 3 bis, del previgente D.Lgs. n. 163/06, oggi non riprodotto cui, con eventuali correttivi, ci si potrebbe ispirare (all. 1). Resta, infine, fermo che, occorra riconoscere il diritto, nelle ATI, di sostituire le imprese in decozione.



✓ **Armonizzazione della disciplina.**

Tutto ciò considerato, non sembra infine più rinviabile un'armonizzazione complessiva delle previsioni contenute nella legge fallimentare con quelle del codice dei contratti dedicate agli operatori in crisi. Il quadro normativo attuale, infatti, appare confuso e contraddittorio. Basti pensare che, con riferimento ai contratti pendenti, l'art. 186-bis della Legge Fallimentare prevede che, in caso di mera presentazione dell'istanza di ammissione al concordato con continuità aziendale, i contratti in essere non si risolvono, mentre, in caso di ammissione alla procedura, essi possano essere portati a termine, previa attestazione di un professionista designato dal debitore. Diversamente, ai sensi del codice dei contratti, la prosecuzione è prevista solo laddove l'impresa sia stata formalmente ammessa al concordato con continuità, e sempreché la continuazione sia stata autorizzata del giudice delegato (art. 110).

Al fine quindi di risolvere tale dicotomia, è necessario affermare, espressamente, la prevalenza delle disciplina pubblicistica in materia di contratti pubblici, in quanto norma speciale, rispetto alla legge fallimentare di cui al Regio Decreto n. 267 del 1942 (in questo contesto, si segnala che il Ministro Bonafede ha reso noto che è intenzione del Dicastero procedere ad una parziale rivisitazione dei principi contenuti nella legge delega n. 155/2017, per la riforma della disciplina delle crisi di impresa).

**Per completezza, si riporta la posizione dell'ANCE come rappresentata nel documento inviato all'ANAC nell'ambito della consultazione sul tema.**

## DOCUMENTO DI CONSULTAZIONE

### 1. Contesto normativo (*omissis*)

#### **OSSERVAZIONI ANCE**

In premessa, occorre evidenziare che l'ANCE non condivide la scelta del legislatore di consentire alle imprese fallite siano esse autorizzate o meno all'esercizio provvisorio, nonché alle imprese che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato in bianco o con continuità, di partecipare alle procedure di gara, salvo che, in caso di ammissione alla continuità, sia stato previsto un piano di rientro che preveda la soddisfazione del **60 per cento** dei creditori chirografari.

Il divieto alla partecipazione a nuove procedure di gara, con l'unica eccezione sopra indicata, trae origine dalla necessità di tutelare in primo luogo il principio di concorrenza e par condicio fra le imprese, facendo sì che alle procedure di gara concorrano soggetti posti nella medesima condizione, e che non traggano vantaggio, nella formulazione delle offerte, dalla propria situazione di crisi. Infatti, l'impresa in tali casi, gode di particolari tutele dalle azioni esecutive nei propri confronti, che si ripercuotono necessariamente sulla formulazione dell'offerta.

Peraltro, l'impresa sottoposta a tali procedure potrebbe non offrire sufficienti garanzie circa la reale possibilità di adempiere alla propria offerta, essendo in una fase critica della sua attività.

La preclusione alla partecipazione per tali soggetti (sia in forma singola che raggruppati) tutelerebbe anche il buon andamento dell'attività amministrativa, e soprattutto il superiore

interesse pubblico alla realizzazione dell'opera.

Per ANCE, appare anzitutto auspicabile un ripensamento su tale estensione che, per le ragioni sopradescritte e nei termini illustrati, pregiudica una sana concorrenza nel mercato delle opere pubbliche.

## **2. Ragioni dell'intervento dell'ANAC** *(omissis)*

## **3. Ambito di applicazione** *(omissis)*

### **OSSERVAZIONI ANCE**

Appare condivisibile la valutazione in merito alla possibilità di applicare tali disposizioni ai contratti "sottosoglia" ai settori speciali, nonché alle sole imprese soggette al concordato preventivo con continuità aziendale, con esclusione, quindi, di quelle dichiarate fallite, siano esse autorizzate o meno all'esercizio provvisorio, e quelle in liquidazione coatta.

## **4. L'intervento dell'ANAC** *(omissis)*

### **OSSERVAZIONI ANCE**

Ad avviso dell'Ance, sembra preferibile, in una ottica di snellezza delle procedure, che sia il giudice delegato a richiedere la pronuncia dell'ANAC, anche considerato che lo stesso giudice è il soggetto che meglio conosce la condizione patrimoniale dell'operatore economico (in via residuale, si potrebbe ipotizzare che sia la stazione appaltante a richiedere l'intervento dell'ANAC, sebbene si condivida la circostanza, evidenziata da ANAC, che la stazione appaltante potrebbe essere ignara della volontà dell'impresa di partecipare alla gara).

In particolare, si ritiene che, nel caso in cui si tratti di partecipare a procedure di gara, il giudice delegato debba sempre richiedere l'intervento dell'ANAC, in ragione della specificità del ruolo di quest'ultima nel settore degli appalti pubblici. Si tratta, pertanto, di un potere del giudice delegato di tipo vincolato e non discrezionale.

Sembrerebbe essere, inoltre, più in linea con il dettato normativo prevedere una valutazione sulla specifica procedura di gara e non, in generale, su varie procedure di gara individuate preventivamente, anche in ragione del fatto che le valutazioni richieste all'ANAC riguardano fattori che emergono in occasione della partecipazione alla singola procedura.

Non si condivide, poi, l'assunto secondo cui dovrebbe essere consentito all'impresa in decozione di presentare l'offerta nelle more della pronuncia dell'ANAC, anche, eventualmente, nei casi in cui l'impresa possieda *ex se* i requisiti di qualificazione che renderebbero l'avvalimento un mero strumento di garanzia.

L'avvalimento di cui trattasi assolve la sua funzione proprio nel costituire una garanzia per la positiva conclusione dell'appalto; in tale contesto, il giudizio dell'ANAC prescinde da un controllo tecnico in merito al possesso dei requisiti, in quanto attiene, piuttosto, alla valutazione complessiva dell'affidabilità dell'impresa in merito al corretto adempimento delle prestazioni dell'appalto nonché delle ripercussioni negative che la partecipazione alla procedura di gara di un'impresa in crisi comporta per tutti i soggetti coinvolti nell'esecuzione stessa, in particolare i subappaltatori ed i subcontraenti della stessa. In altri termini, l'avvalimento deve essere inteso solo a garanzia, ovvero l'impresa in decozione deve avere già di per se i requisiti per partecipare; l'ausiliaria deve essere pronta a intervenire solo in caso di problemi.

Pertanto, si ritiene che la valutazione espressa dell'ANAC, ed il conseguente giudizio in merito al ricorso all'avvalimento, debbano obbligatoriamente precedere la presentazione dell'offerta. La facoltatività è nel senso di ammettere l'impresa alla procedura (con avvalimento rinforzato) o meno.

Sul punto, inoltre, occorre chiarire che, ad avviso di ANCE, la specificità del giudizio dell'ANAC in merito alla procedura di gara (basata su valutazioni differenti da quelle compiute dall'organo giudiziario) dovrebbe avere un ruolo decisivo non solo ai fini dell'avvalimento quanto, piuttosto, ai fini della stessa partecipazione alla procedura da parte dell'impresa in crisi.

Qualora, infatti, l'ANAC ravvisasse che non vi siano i presupposti per l'avvalimento, e si pronunciasse negativamente in merito alla possibilità di ricorrere all'avvalimento all'esito di un giudizio negativo sull'esecuzione dell'appalto, si ritiene che il giudice delegato dovrebbe tenerne necessariamente conto e rivedere la propria decisione di ammettere alla procedura di gara l'impresa.

In altri termini, un eventuale giudizio negativo dell'ANAC dovrebbe essere preminente rispetto a quello dell'organo giudiziario e considerare, lo si vuole ribadire, le ripercussioni negative sulla "filiera" dell'impresa in crisi che resti nel mercato delle opere pubbliche, quand'anche autorizzata all'esercizio provvisorio.

Una volta acclarato lo stato di crisi dell'impresa, infatti, la stessa si trova in una situazione di "protezione" dalle azioni esecutive e, nella specifica gara, godrebbe dell'aiuto dell'impresa ausiliaria; le imprese subappaltatrici ed i subcontraenti, al contrario, sarebbero privi delle tutele che la legge fallimentare prevede in capo all'impresa in crisi. E, con esse, i lavoratori e le maestranze coinvolti dalla procedura. Su questi soggetti finirebbero per "scaricarsi" tutti i problemi dai quali invece l'impresa in crisi risulta protetta.

Ciò premesso, ad avviso dell'ANCE, la partecipazione alle gare di imprese fallite (autorizzate o meno all'esercizio provvisorio) deve essere vietata, mentre la partecipazione delle imprese ammesse al concordato con continuità deve considerata una possibilità "eccezionale/residuale".

In ogni caso, per ovviare alle eventuali lungaggini derivanti dall'accertamento da parte dell'ANAC, potrebbe essere previsto che l'ANAC si pronunci in tempi prestabiliti dalla norma, e secondo una procedura precisa, o, alternativamente - e forse sembrerebbe la soluzione preferibile- potrebbe essere previsto che, decorso un termine prefissato, il parere si intenda reso negativamente, ossia nel senso della negazione delle possibilità di presentare offerta.

Resta fermo che l'impresa non può presentare offerta senza il parere positivo di ANAC , con la conseguenza che non può partecipare nelle more della sua pronuncia.

Quanto, da ultimo, all'ipotesi della cessione del contratto, essa appare un'opzione migliore rispetto alla prosecuzione dell'esecuzione mediante ricorso all'avvalimento.

## **5. Le ulteriori ipotesi di avvalimento cd. rinforzato (omissis)**

### **OSSERVAZIONI ANCE**

Al riguardo, si concorda con la considerazione secondo cui, ai soggetti preposti a valutare l'impresa in crisi, competano due valutazioni differenti; il giudice delegato, infatti, deve compiere una valutazione attinente all'azienda ed alla crisi economico/finanziaria che l'ha colpita,

considerando le posizioni dei vari creditori coinvolti; l'ANAC, al contrario, è chiamata ad un giudizio complessivo sullo scenario aziendale e sulle ripercussioni della crisi sull'esecuzione dell'appalto, tali da rendere necessario l'avvalimento.

In ragione di ciò, si ritiene che, come già detto, l'ANAC, più che soffermarsi su indici di natura economico/finanziaria, debba individuare criteri generali che siano in grado di definire, ragionevolmente, l'impatto che la partecipazione dell'impresa in crisi potrebbe avere, considerando prevalentemente gli effetti negativi su tutti i soggetti coinvolti nell'esecuzione, siano essi le altre parti dell'eventuale raggruppamento, subappaltatori o subcontraenti.

Gli eventuali indici aggiuntivi ex lett. b) del 110 comma 5 dovrebbero essere molto stringenti. Ci si riserva una eventuale successiva individuazione, che richiede un maggior tempo di riflessione, stante la complessità della materia.

Ciò, naturalmente, nel presupposto che l'impresa in concordato con continuità aziendale non possa concorrere senza un piano di soddisfacimento dei creditori chirografari pari ad almeno il 60%.

**6. Il rapporto fra interpello ex articolo 110, comma 1, cessione ex articolo 106, comma 1, lettera d), n. 2 e conferma del contratto pendente ex articolo 110, comma 3 del Codice dei contratti pubblici (omissis)**

**OSSERVAZIONI ANCE**

Sembrerebbe condivisibile, in quanto coerente con il quadro normativo, l'interpretazione secondo cui l'attivazione della procedura di interpello sia possibile immediatamente solo nelle fattispecie non previste dall'art. 110, comma 3, ossia nei casi di fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio e concordato con continuità aziendale, o dall'art. 110, comma 4, ossia nei casi di concordato con cessione di beni ai creditori o in bianco.

In caso di fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio, concordato con continuità aziendale, concordato con cessione di beni o in bianco, pertanto, la possibilità di ricorrere all'interpello dovrebbe essere consentita solo laddove il giudice delegato non autorizzi alla prosecuzione dei contratti in essere.

In tale sede andrebbe altresì chiarito che, in caso di dichiarazione di fallimento dell'impresa capogruppo di un'ATI, i crediti maturati della mandante nei confronti della stazione appaltante e riscossi dalla mandataria in virtù del rapporto di mandato, non confluiscono nel passivo fallimentare, poiché, come previsto dall'art. 48, comma 16, del D.lgs. 50/2016, ognuno degli operatori economici riuniti conserva la propria autonomia gestionale, patrimoniale e fiscale.

I crediti riscossi dalla mandataria, in nome e per conto delle mandanti, derivano infatti da prestazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle realizzate dalla mandataria, nonché rese da soggetti terzi e autonomi rispetto alla stessa.

A conferma di ciò, vi è il fatto che, per consolidata giurisprudenza, contestualmente al pagamento, sorge automaticamente in capo alla mandataria l'obbligo di versare alle mandanti le somme rimosse in loro nome e per loro conto.

Non si vedono ragioni per cui tale meccanismo dovrebbe subire deroghe in caso di fallimento della mandataria.

Sarebbe, infatti, illogico oltrech  penalizzante per le imprese che la mandante, ai fini della riscossione dei propri crediti gi  pagati dalla stazione appaltante, dovesse presentare istanza di insinuazione nel passivo fallimentare della mandataria, sebbene gli stessi crediti fossero di sua esclusiva spettanza e sebbene la stessa godesse di autonomia patrimoniale e gestionale.

Tale sede quindi potrebbe essere opportuna per dare delle indicazioni in tale senso, tutelando l'interesse delle mandanti ad agire direttamente nei confronti della mandataria.

Una diversa modalit  penalizzerebbe non solo le imprese ma, principalmente, la stessa stazione appaltante che, a fronte del pagamento dei lavori, vedrebbe compromessa la possibilit  di corretta realizzazione della restante parte dell'appalto, per possibile mancanza di liquidit  degli operatori che, pur avendo correttamente eseguito i lavori di loro competenza, non hanno potuto ricevere il pagamento dovuto.

Principio, questo, che logicamente vale ed   stato riconosciuto dalla giurisprudenza pi  recente anche per i crediti che le mandanti devono ancora riscuotere nei confronti della stazione appaltante. Andrebbe, quindi, in tale sede, ulteriormente ribadito che la dichiarazione di fallimento determina lo scioglimento del mandato, con la conseguenza che l'impresa mandante   legittimata ad agire direttamente nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad esso imputabili.

Anche, in tale caso, quindi i crediti non devono essere fatti valere mediante istanza di insinuazione nel passivo fallimentare e, del pari, la curatela fallimentare   legittimata a riscuotere dall'amministrazione il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto solo per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati la cui realizzazione, in base all'accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza (cfr. Corte di Cassazione, sezione I civile, sentenza 17 gennaio 2017, n. 973).

Resta, comunque, fermo che occorre riconoscere il diritto, nelle ATI, di sostituire le imprese in decozione.

## **7. Rapporto fra articolo 110, comma 3 del Codice dei contratti pubblici e rispetto delle procedure, delle condizioni e dei limiti previsti dall'articolo 186-bis LEGGEF.**

L'articolo 110, comma 3 del Codice dei contratti pubblici non reca norme di coordinamento con la Legge fallimentare, che a sua volta contiene disposizioni afferenti al tema non abrogate dal Codice.

L'articolo 186-bis della Legge fallimentare disciplina, fra l'altro, le condizioni e i limiti per la conferma del contratto pendente e per la partecipazione ad una nuova procedura da parte dell'impresa che presenta istanza di concordato preventivo con continuit  aziendale e che venga poi ammessa a tale regime.

Di seguito gli aspetti che meritano una riflessione.

Quanto alla sorte dei contratti pendenti, l'articolo 186-bis, comma 3, della Legge fallimentare distingue il regime a seconda che l'impresa abbia semplicemente presentato l'istanza (comma 3, primo periodo), ai sensi dell'articolo 161 della Legge fallimentare, o che abbia gi  ottenuto il decreto di ammissione ex articolo 163 della Legge fallimentare (comma 3, secondo periodo).

Nel primo caso, si prevede la continuazione del contratto, salva la possibilità di scioglimento o sospensione ai sensi dell'articolo 169-bis della legge fallimentare. E tale regime potrebbe essere confermato alla luce dell'articolo 110, comma 3 del Codice dei contratti pubblici, dal momento che tale norma non sembra applicabile alla fase pre-ammissione e, come sostenuto dalla giurisprudenza (si veda al riguardo la Sentenza Trga Trento, n. 179/2017), nemmeno a quella post-omologa, nella quale l'impresa ritorna sostanzialmente in bonis.

Viceversa, si potrebbe ritenere che l'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici in forza del principio di successione cronologica delle leggi, sia ugualmente applicabile, quanto meno alla fase di pre-ammissione e - sebbene non vi sia perfetta identità di fattispecie rispetto all'omologa disposizione della Legge fallimentare - richieda, pertanto, per la conferma del contratto, il nulla osta del giudice delegato.

Nel secondo caso, il mantenimento del contratto è subordinato, unicamente, alla conforme attestazione del professionista designato dal debitore.

Si pone il dubbio di valutare se tale disposizione sia ancora applicabile o se, viceversa, occorra l'autorizzazione del giudice delegato, come previsto in ogni caso dall'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, quanto meno al fine di dargli esecuzione.

Sembrerebbe corretto ritenere necessaria tale autorizzazione, in virtù della prevalenza dell'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici in applicazione del criterio *lex posterior derogat priori*.

#### **OSSERVAZIONI ANCE**

Le disposizioni della legge fallimentare (art. 186-bis) e del codice dei contratti (art. 110) non sono perfettamente coordinate fra loro.

Con riferimento ai contratti pendenti, come rilevato dall'ANAC, infatti, l'art. 186-bis prevede che, in caso di mera presentazione dell'istanza di ammissione al concordato con continuità aziendale, i contratti in essere non si risolvono, e che, in caso di ammissione alla procedura, i contratti in essere possano continuare previa attestazione di un professionista designato dal debitore.

Il codice degli appalti, invece, si riferisce espressamente ai casi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato con continuità, prevedendola continuazione su autorizzazione del giudice delegato; manca, pertanto, una previsione che si riferisca espressamente alla mera presentazione dell'istanza.

Al riguardo, si può concludere che, considerando prevalente il Codice dei contratti sulla legge fallimentare, l'ipotesi di partecipazione alle gare dell'impresa che abbia solo presentato domanda di concordato con continuità sia da considerarsi esclusa; ciò stante il chiaro disposto del comma 3 dell'art. 110 del Codice.

L'articolo 186-bis della Legge fallimentare, ai commi 4 e 5, pone analoghe problematiche in relazione alla partecipazione a nuove procedure di affidamento.

In particolare, il comma 4 prevede l'autorizzazione alla partecipazione (del tribunale) dopo il deposito del ricorso. A seguito dell'ammissione (ai sensi dell'articolo 163 della Legge fallimentare), invece, l'impresa riacquista, ai sensi del comma 5, la capacità di partecipazione, ossia senza

autorizzazione giudiziale, laddove la stessa presenti in gara sia la relazione del professionista designato dal debitore, sia l'avvalimento rinforzato (norma di tenore analogo a quella dell'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici).

Il dubbio posto dalla sopravvenienza dell'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici si riferisce alla possibilità di partecipazione nel caso dell'impresa che presenti istanza di concordato con continuità aziendale, nelle more del decreto di ammissione ex articolo 163 della Legge fallimentare.

In caso di mera presentazione del ricorso ex articolo 161 della Legge fallimentare, se l'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici non è applicabile, la fattispecie dovrebbe essere regolata interamente dall'articolo 186-bis, comma 4, della Legge fallimentare (partecipazione dietro autorizzazione del tribunale).

L'antinomia (apparentemente insanabile) si verifica a seguito dell'avvenuta decretazione di ammissione alla procedura.

In tale fattispecie, occorre valutare se il regime applicabile è quello dell'articolo 186-bis, comma 5, della Legge fallimentare (partecipazione senza autorizzazione giudiziale, con visto del professionista e avvalimento rinforzato), ovvero quella dell'articolo 110, comma 3 (autorizzazione del giudice delegato) ed eventuale avvalimento rinforzato se deciso dall'ANAC.

Al riguardo, si potrebbe sostenere:

- 1) in applicazione del criterio della successione cronologica delle leggi, si applica il regime delineato dall'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, talché l'autorizzazione del giudice delegato è sempre necessaria;
- 2) (interpretazione armonizzata) l'autorizzazione del giudice delegato non è necessaria soltanto nell'ipotesi in cui l'impresa ammessa presenti la documentazione prevista dall'articolo 186-bis, comma 5, della Legge fallimentare; in tale ipotesi, si potrebbe argomentare, l'impresa fornisce garanzie atte a superare la necessità del controllo giudiziale;
- 3) (interpretazione intermedia) l'autorizzazione del giudice delegato è necessaria, in forza della norma sopravvenuta recata dall'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici. Tuttavia, l'impresa in concordato può volontariamente presentare la documentazione di cui all'articolo 186-bis, comma 5, della Legge fallimentare, allo scopo di agevolare la valutazione del giudice delegato ai fini dell'autorizzazione ed, evitare in ogni caso, l'intervento dell'ANAC ai sensi dell'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, allo scopo di semplificare e abbreviare l'iter per la presentazione dell'offerta.

#### **OSSERVAZIONI ANCE**

Ad avviso dell'ANCE, è preferibile la tesi di cui al punto 1), ossia quella secondo cui, in applicazione della previsione del codice dei contratti, *lex specialis* sopravvenuta, la partecipazione a nuove procedure di gara debba essere autorizzata dal giudice delegato con eventuale avvalimento rinforzato.

Anche l'articolo 186-bis, comma 6, della Legge fallimentare pone dubbi interpretativi, meritevoli di approfondimento. Tale norma prevede che, in caso di partecipazione in modalità plurisoggettiva, l'impresa in concordato possa concorrere solo come mandante e a condizione che non vi siano altre componenti l'ATI assoggettate ad una procedura concorsuale.

L'articolo 110 del Codice dei contratti pubblici, tuttavia, non prevede tale limite e, anzi, dal combinato disposto di cui all'articolo 48, commi 17 e 19-ter, del Codice dei contratti pubblici, si potrebbe anche ricavare che l'impresa in concordato possa rivestire la qualità di mandataria, dal momento che è contemplata la possibilità di assoggettamento a procedura concorsuale in fase di gara ed è fatto salvo l'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.

Una considerazione di carattere sistematico potrebbe fare pendere l'ago della bilancia a favore della tesi secondo cui il limite posto dall'articolo 186-bis, comma 6, della Legge fallimentare non sia più operativo in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Poiché tale limite non è applicabile, in difetto di espressa previsione ad hoc, all'impresa fallita autorizzata all'esercizio provvisorio (né l'articolo 110 del Codice dei contratti pubblici né l'articolo 104 della Legge fallimentare lo prevedono), si potrebbe ritenere, per il principio di non contraddizione e coerenza dell'ordinamento, che la previsione dell'articolo 186-bis, comma 6, della Legge fallimentare non sia più applicabile alle imprese in concordato con continuità aziendale, pena l'evidente, irragionevole sperequazione con l'ipotesi della partecipazione dell'impresa in regime di fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio.

#### **OSSERVAZIONI ANCE**

Quanto al contrasto fra la previsione dell'art. 186-bis LF, secondo cui, in caso di partecipazione in modalità plurisoggettiva, l'impresa in concordato può concorrere solo come mandante e a condizione che non vi siano altre componenti dell'ATI assoggettate ad una procedura concorsuale, e le previsioni del codice degli appalti che non prevedono tale divieto, si ritiene che debba prevalere la disposizione della legge fallimentare.

Ciò in quanto, in un'ottica sistematica, si ritiene che debba essere mantenuta la previsione che è evidentemente posta a tutela non solo della stazione appaltante e dell'esecuzione del contratto, ma anche delle imprese facenti parte dell'ATI stessa, che devono essere salvaguardate nel caso in cui la procedura si risolva negativamente in corso di esecuzione del contratto. Al riguardo, si rimanda alle considerazioni espresse al punto 6) sulle ATI.

#### **8. Rapporto fra articolo 80, comma 5, lettera b) e articolo 110, comma 3 del Codice dei contratti pubblici, e articolo 104 LEGGEF. (omissis)**

#### **OSSERVAZIONI ANCE**

Si rimanda alle considerazioni espresse al punto 1), precisando che la partecipazione di imprese che abbiano presentato istanza di fallimento, che siano fallite (autorizzate o meno all'esercizio provvisorio) dovrebbe essere riconsiderata, in virtù del fatto che, nella maggior parte dei casi, la successiva ammissione al fallimento provoca ripercussioni gravi sull'esecuzione dei contratti.



**9. Rapporto fra articolo 80, comma 4, e articolo 110, comma 5, lettera a), del Codice dei contratti pubblici (omissis)**

**OSSERVAZIONI ANCE**

In merito alla questione dell'irregolarità dei pagamenti di contributi e retribuzioni, art.101,5 lett. a), si potrebbe suggerire la lettura che tale irregolarità deve considerarsi sopravvenuta rispetto alla presentazione dell'offerta e l'eventuale aggiudicazione.

In altri termini, dalla lettura combinata dell'art. 110, co. 5 del Codice e delle disposizioni contenute nel Decreto sul Durc on line (D.M. 31/01/2015 e s.m.), richiamate anche nella bozza Anac, deve evincersi che le condizioni di irregolarità enunciate dalla lett. a) del suddetto articolo debbano essere riferite (nelle sole fattispecie individuate dall'art. 5 del decreto) ai casi in cui, ferma restando la regolarità assunta per i periodi pregressi (prima dell'omologa nel concordato in continuità aziendale e prima dell'autorizzazione all'esercizio provvisorio in caso di fallimento), l'impresa è irregolare nel pagamento dei debiti contributivi correnti.

Pertanto, si potrebbe profilare una prima lettura, in chiave puramente derogatoria, rispetto all'art. 80, comma 4 del Codice, che giustificerebbe il ricorso ad un avvalimento c.d. rinforzato.

Negli altri casi, infatti, l'impresa sarebbe comunque considerata regolare in presenza delle condizioni enunciate all'art. 5 del decreto sul Durc.

Tuttavia, è evidente che verrebbe a crearsi un ulteriore ed ingiustificato favor alle imprese che, fallite o in concordato in continuità, in presenza di irregolarità che potrebbero riguardare anche il pagamento dei contributi correnti, potrebbero partecipare tramite avvalimento c.d. rinforzato.

La norma invero afferma che l'impresa deve essere sostituita dall'ausiliaria nel caso in cui non sia più capace di dare regolare esecuzione; quindi, sembra sottintendere che sia in corso la fase di realizzazione dei lavori.

Questo rafforza il concetto che, nel momento in cui l'impresa presenta offerta, deve essere regolare, così come al momento dell'aggiudicazione. Se successivamente la stessa non riuscirà più a ad esserlo, interverrà l'ausiliaria .

Pertanto, una lettura di tipo derogatorio è da evitare, in quanto creerebbe un paradosso normativo, nel senso che, mentre l'impresa in bonis, in situazioni di irregolarità, non può partecipare, quelle in decozione godrebbero paradossalmente di tale possibilità. Paradosso, questo, che va superato in via normativa.

In altri termini, si tratterebbe di una disparità di trattamento, come tale non giustificabile.

## 14) Articolo 174, commi 1 e 3

### Focus su:

Subappalto in relazione alle concessioni

[articolo 174, commi 1 e 3](#)

### Subappalto nelle concessioni

Casi di indicazione, da parte delle imprese offerenti, di una terna di subappaltatori e verifica dei motivi di esclusioni con riferimento agli stessi.

#### ✓ Osservazioni Ance

Non si comprende la disparità di trattamento a favore dei concessionari relativamente al subappalto. Infatti, le medesime condizioni dovrebbe essere previste anche per l'appaltatore. Quanto all'indicazione della terna, si rimanda al punto *sub.* art. 105.

Inoltre, qualora sia prevista la possibilità che i concessionari appaltino una quota dei lavori a terzi possa essere prevista è opportuno chiarire che il rilascio delle autorizzazioni al subappalto e la comunicazione dei subcontratti sono a carico del concedente.

## 15) Articolo 177

### Focus su:

Affidamenti dei concessionari

[articolo 177](#)

### Affidamenti dei concessionari – limiti

Disciplina dell'affidamento a terzi da parte dei concessionari in caso di concessioni non affidate con procedure ad evidenza pubblica (80-20% e 60-40% per le concessioni autostradali)  
Ambito e limiti di applicazione

#### **Nota**

Il Consiglio di Stato nell'Adunanza della Commissione speciale del 5 giugno 2018 ha espresso il parere n. 1582, nel quale si rileva quanto segue. 3.5. Quanto alla individuazione dei contratti attuativi da includere nella percentuale obbligatoria di esternalizzazione o da escludere oggettivamente dall'art. 177, un primo problema riguarda la importante questione se la soglia indicata dalla stessa (150.000 euro) ai fini applicativi, sia unicamente riferita al valore dell'originaria concessione, ovvero all'importo dei contratti a valle che il concessionario ha l'obbligo di stipulare in

adempimento del dovere di esternalizzazione. Il tenore testuale della norma non aiuta affatto nel dirimere la questione, sicché, l'impossibilità di valorizzare la formulazione testuale, invero così equivoca da rendere fallace ogni tentativo di erigervi una soluzione esegetica, induce la Commissione a preferire argomenti sistematici idonei a dare evidenza al necessario e coerente raccordo con la legge delega. Quest'ultima ha chiaramente previsto "l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica", omettendo qualsivoglia indicazione circa l'esistenza di una concorrente soglia anche in ordine ai contratti da affidare con gara. Appare senz'altro corretta, quindi, la soluzione sposata dalle Linee guida in esame, nel senso di considerare la soglia dei 150.000 euro riferita al valore della concessione e non già ai contratti esternalizzandi. Del resto, la mancanza di soglie minime che correlino gli affidamenti da effettuare in attuazione del predicato obbligo di esternalizzazione, e gli obblighi di evidenza pubblica da adempiere in relazione all'importo dei contratti d'appalto da stipulare, costituisce lacuna che ben può essere agevolmente colmata attraverso il ragionamento analogico, in forza dell'applicazione delle pertinenti norme dettate in via generale dal codice dei contratti (a partire, quindi, dal suo art. 36) e dalla regolazione dell'ANAC. 5.... questione, di fondo, del "monte prestazioni" sul quale computare l'80%, o, in altri termini, di quale sia la qualificazione oggettiva dei contatti attuativi e quali le eventuali esclusioni. Le problematiche legate alla concreta applicazione dell'obbligo di esternalizzazione, e all'incidenza che lo stesso potrebbe avere, così come concepito dal legislatore, sulla struttura aziendale (soprattutto) dei piccoli concessionari, sino ad ora operanti "in proprio", potrebbero meritare una rinnovata attenzione da parte del legislatore ordinario (il parere n. 782/2017, cit., riguardando un decreto delegato, risentiva ovviamente dall'ineludibile vincolo della legge delega). Tuttavia, nel ribadire che l'interpretazione dell'art. 177 relativamente alla sorte della così detta produzione in proprio non può che essere, allo stato, quella fatta propria dalla Commissione speciale nel parere succitato, non si può al contempo non segnalare la sussistenza di alcuni dubbi di costituzionalità della norma così interpretata. In particolare l'obbligo di esternalizzare, per raggiungere la soglia dell'80%, anche attività che potrebbero essere eseguite in proprio avvalendosi esclusivamente della propria organizzazione aziendale, e dei mezzi, strumenti e risorse esclusivamente appartenenti al concessionario, sembra in contraddizione con i principi scaturiti dall'art. 41 cost.

✓ **Osservazioni Ance**

Il settore delle concessioni autostradali risulta contraddistinto da una diffusa assenza del confronto concorrenziale, che rappresenta un vulnus dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza, dal momento che la quasi totalità delle concessioni in essere sono state affidate e/o prorogate senza gara.

Il principio comunitario obbligherebbe tutti coloro che hanno ottenuto concessioni senza gara, così come proroghe - come nella stragrande maggioranza delle concessioni autostradali in Italia - ad affidare a terzi il 100% dei lavori di propria competenza.

L'obbligo di esternalizzare l'80% dei lavori per i concessionari che abbiano acquisito la concessione senza una gara rappresenta il massimo compromesso accettabile.

Non è quindi condivisibile che, per i concessionari autostradali, la Legge di Bilancio 2018 abbia ridotto la quota dei lavori da esternalizzare al 60%.

Ciò posto, a prescindere dalle suddette percentuali, si rende necessario rafforzare i poteri di controllo 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). È, altresì, imprescindibile, garantire controlli effettivi, qualità dei prezzi e qualità del capitolato speciale d'appalto.

**16) Articolo 204, comma 1, lett. b) e d)**

**Focus su:**

rito super accelerato

[articolo 204, comma 1, lett. b\) e d\)](#)

**Rito c.d. super speciale - Impugnazione immediata delle ammissioni alla procedura di gara (Modifiche all'articolo 120, commi 2-bis e 6-bis, del codice del processo amministrativo)**

- 1) ricorso al rito super accelerato per impugnare i provvedimenti di esclusione e di ammissione alla gara;
- 2) obbligo di immediata impugnazione delle ammissioni, con effetto preclusivo di successive impugnazioni nelle fasi successive.

**Nota**

"Il T.A.R. Piemonte (sezione I) con ordinanza n. 88/2018 ha sottoposto sottoporre all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea i due seguenti quesiti: 1) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti; 2) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato.

Il TAR Puglia, sede di Bari,(sezione III) con ordinanza n. 903/2018 ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (comma aggiunto dall'art. 204, comma 1, lettera b) dlgs n. 50/2016), limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, nella parte in cui onera l'impresa partecipante alla gara ad impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti alla stessa gara, pena altrimenti l'incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo della disposizione ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale"), per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2 e 117, comma 1 della Costituzione e 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recepita con legge 4 agosto 1955, n. 848, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, sospendendo il giudizio in corso."

✓ Osservazioni Ance

**DEFINIRE CON CERTEZZA E VELOCITÀ IL CONTENZIOSO**

Il contenzioso deve tornare ad essere uno strumento di tutela dell'impresa, nell'interesse della collettività, garantendo un controllo agile e puntuale sull'operato della amministrazione, senza divenire un ostacolo per la realizzazione delle opere (cfr 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, introdotto dal nuovo Codice).

Devono quindi ridursi i 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".

**Proposta**

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.

## 17) Articolo 211, comma 1

### Focus su:

pareri di precontenzioso dell'Anac

[articolo 211, comma 1](#)

### Pareri di precontenzioso

Disciplina dei pareri di precontenzioso

Tempi

Rafforzamento del ruolo dell'Anac

Effetto deflattivo

Potere di impugnativa

### ✓ Osservazioni Ance

Tra le misure di carattere sostanziale per accelerare la definizione dei contenziosi, soprattutto in materia di lavori pubblici, si propone di potenziare il potere dell'ANAC in sede di precontenzioso, prevedendo misure per l'utilizzo del parere vincolante, finalizzato ad evitare la proposizione di ricorsi manifestamente infondati avverso il parere stesso.

## 18) Articolo 213

### Focus su:

Semplificazione delle disposizioni attuative del codice

[articolo 213](#)

### Soft law e linee guida ANAC

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

#### ✓ Proposta Ance

Il nuovo Codice dei Contratti ha fallito.

Occorre un suo profondo ripensamento, attraverso.

- la predisposizione **un articolato più semplice, accompagnato da un regolamento attuativo** dedicato ai lavori pubblici (e da uno per i servizi e le forniture), dotato di forza cogente, in cui far confluire la normativa di dettaglio e le linee guida Anac.



## Ulteriori tematiche

### 1. **Opera pubblica realizzata a spese del privato Art. 20**

✓ Proposta Ance

L'art. 20 per la prima volta disciplina la fattispecie di un'opera pubblica (o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera) prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici, oggetto di una convenzione pubblico-privata e realizzata a "totale cura e spesa" del privato, stabilendo che in questi casi, "il presente codice non si applica".

Nell'ambito di applicazione della norma sembrano rientrare fattispecie fino ad ora prive di copertura legislativa, ma di sempre più frequente diffusione soprattutto nell'attuazione dei processi di trasformazione urbana, vale a dire le opere previste dalle convenzioni urbanistiche e poste a carico del privato, la cui realizzazione però non è imposta dalla normativa, ma è il frutto di un accordo negoziale con l'ente locale, comportando di fatto un onere superiore a quello che deriverebbe dall'applicazione delle tabelle parametriche regionali e comunali.

L'ANAC, con Delibera 763 del 13/7/2016, ha reso un parere che restringe molto l'operatività di questa norma che troverebbe applicazione nei soli casi in cui "non sussista in favore del privato alcuna controprestazione da parte dell'Amministrazione e l'operazione si configuri come atto di liberalità e gratuità".

Proposta:

Visto il parere reso dall'ANAC, è necessario modificare l'art. 20 secondo una logica in grado di garantirne l'operatività ed in linea con lo spirito della norma, ossia la realizzazione di opere pubbliche "a totale cura e spesa" di soggetti privati, pena la sua totale disapplicazione. Tale regime dovrebbe applicarsi anche alle opere previste dalle convenzioni urbanistiche e poste a carico del privato, la cui realizzazione però non è imposta dalla normativa, ma è il frutto di un accordo negoziale con l'ente locale, comportando di fatto un onere superiore a quello che deriverebbe dall'applicazione delle tabelle parametriche regionali e comunali.

### 2. **Computo metrico estimativo art. 32, c. 14-bis**

✓ Proposta Ance

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".

### 3. **CAM art. 34**

✓ Proposta Ance

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.

### 4. **Sorteggio negoziate- Art. 36**

✓ Osservazioni Ance

Il meccanismo del sorteggio “tout court” delle imprese per le procedure negoziate fino a 1 milione di euro, non garantisce la necessaria qualificazione richiesta e produce effetti potenzialmente distorsivi del mercato.

**Proposta:** per i lavori fino a 40.000 euro: favorire l'applicazione della disposizione sull'affidamento diretto; per i lavori sopra i 40.000 euro e fino a 150.000 euro: RUP sceglie liberamente gli invitati, anche attraverso criteri che favoriscono l'imprenditoria locale, sempre nel rispetto del principio di rotazione degli inviti; per i lavori sopra i 150.000 euro e fino a 500.000 euro: il RUP utilizza un meccanismo di “sorteggio pubblico qualificato”, che preveda di riservare il 50% degli inviti alle imprese “locali” idoneamente qualificate e che hanno manifestato interesse, ed il restante 50% a tutte le altre imprese che hanno manifestato interesse, sempre idoneamente qualificate; per i lavori sopra i 500.000 e fino ad 1 milione di euro: procedura aperta e procedura negoziata con indagine di mercato e obbligo per la stazione appaltante di invitare tutti i soggetti idoneamente qualificati che hanno manifestato interesse – in entrambi i casi – con semplificazioni procedurali (gara con metodo antiturbativa, solo con l'offerta, verifiche a “campione” in gara e verifica dei requisiti solo per l'aggiudicatario come previsto dall'articolo 36 comma 5 del Codice).

## **5. Opere a scomputo art. 36 comma 6**

✓ Osservazioni Ance

La previsione della procedura ordinaria per la realizzazione delle opere di urbanizzazione sopra 1 milione/€ e fino alla soglia comunitaria (attualmente pari a 5.548.000/€) espone i privati titolari di permessi di costruire ad un livello di complessità procedurale difficilmente gestibile, con pesanti conseguenze anche sul piano della tempistica di completamento dell'intervento edilizio.

**Proposta:**

Per tutte le opere di urbanizzazione a scomputo sotto soglia (art. 36, comma 3 nuovo codice) è necessario che venga ripristinato il sistema previsto dell'art. 122, comma 8 del D.lgs. 163/2006 che aveva avuto un buon esito e cioè la procedura negoziata senza bando, con invito di cinque operatori. Deve comunque restare confermata per le opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire (art. 16, comma 2 bis DPR 380/2001).

## **6. Responsabilità solidale delle ATI verso terzi – art. 48, comma 5**

✓ Osservazioni Ance

È necessario eliminare la responsabilità solidale “a valle” verso i terzi contraenti nell'ambito dei raggruppamenti temporanei di imprese, trattandosi di un ingiustificato aggravio per i soggetti associati, soprattutto nei casi di difficoltà economica di uno di essi, che rischia di ripercuotersi sulle altre imprese raggruppate. La responsabilità solidale dei componenti dell'ATI dovrebbe essere prevista solo nei confronti della stazione appaltante. D'altra parte, le imprese raggruppate mantengono la propria autonomia finanziaria, organizzativa e gestionale.

## **7. Pagamento diretto delle Mandanti- art. 48, comma 13**

✓ Osservazioni Ance

Ai fini del pagamento diretto delle mandanti da parte della stazione appaltante, in caso di inadempimento della mandataria, andrebbe definitivamente chiarito che la revoca del mandato collettivo attualmente richiesta dall'art. 48, comma 13, del Codice sia da intendersi riferita alla sola parte relativa all'incasso dei pagamenti, pena la totale disapplicazione di tale istituto.

Ove così non fosse, infatti, significherebbe che, ai fini del pagamento diretto anche di una sola delle mandanti, sarebbe necessario, accanto all'inadempimento della mandataria ed al consenso

della parti, la necessità di revocare il mandato collettivo speciale conferito ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo.

Ciò comporterebbe, come conseguenza della disapplicazione di tale istituto, una totale mancanza di tutela per le mandanti, con nocumento della stessa pubblica amministrazione che non vedrebbe portata a termine l'opera affidata.

## **8. Accelerare la definizione delle regole tecniche per l'utilizzo delle piattaforme di e-procurement art. 58**

### ✓ Osservazioni Ance

Dal 18 ottobre 2018 scatterà l'obbligo di utilizzare (pur se con possibilità di deroghe) esclusivamente mezzi di comunicazione elettronica per tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni con gli operatori economici negli appalti pubblici.

Di conseguenza, l'unico modo per garantire il rispetto dell'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte nelle procedure di affidamento sarà quello di utilizzare delle piattaforme elettroniche di negoziazione.

**Proposta:** E' quanto mai necessario accelerare nella definizione delle regole tecniche per l'utilizzo delle piattaforme di e-procurement al fine di consentire anche ai Comuni e soggetti aggregatori che intendono qualificarsi autonomamente, di dotarsi di proprie piattaforme elettroniche di negoziazione. Inoltre, vista l'approssimarsi della scadenza temporale, occorrerà evidentemente procrastinare tale termine all'entrata in vigore di tali regole tecniche.

## **9. Accordi quadro art. 54**

### ✓ Osservazioni Ance

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 di un elaborato che evidenzia le lavorazioni da eseguire e le relative quantità, determinate, a sua volta, sulla base di una stima percentuale delle lavorazioni e delle categorie previste.

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.

In ogni caso, al fine di evitare fenomeni di indebita restrizione della concorrenza, occorre prevedere che:

- la durata degli accordi quadro sia al massimo pari a 3 anni;
- vi sia la possibilità di presentare offerta anche per più lotti (laddove previsti);
- l'importo medio sia idoneo a scongiurare fenomeni di gigantismo e concentrazione della domanda.

## **10. Qualificazione ex art. 84, c. 12**

### ✓ Osservazioni Ance

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).

**Proposta** 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.**

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

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.

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

✓ **si 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.

## 11. Rating di legalità – art. 95, c. 13

✓ Proposta Ance

### 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".

### Per completezza, si allega il documento Ance inviato all'AGCM sul tema

Con riferimento alla consultazione pubblica per la revisione del Regolamento in materia di rating di legalità, l'Ance rileva quanto segue:

#### Art. 1 - Definizioni

Comma 1, lett. b ii)

#### Motivazioni

L'Ance ritiene necessario eliminare 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 nell'acquisizione di un più elevato standard di rispetto delle norme contro gli illeciti, discriminandole sulla base di un elemento che, essendo meramente economico (il fatturato), appare 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".

#### Art. 2 – Requisiti per l'attribuzione del rating di legalità

Al comma 2, lett. a) occorre eliminare le parole "*e misure cautelari personali e/o patrimoniali*".

#### Motivazioni:

Il mantenimento di dette parole implica che non rilevarebbero solo le (ben diverse) misure di prevenzione del "codice antimafia" e le condanne irrevocabili per i reati elencati, ma tutti i procedimenti penali pendenti (anche nella fase di indagini preliminari), per qualsiasi reato (anche non in elenco), nel cui ambito sia stato adottato un provvedimento cautelare (magari solo un sequestro). Collegare ad una situazione necessariamente eccezionale e provvisoria - qual è quella che consente all'autorità giudiziaria di adottare un temporaneo provvedimento limitativo della libertà o della disponibilità di beni – la perdita di un requisito rilevante quale il rating di legalità risulta assolutamente ingiustificato.

Al comma 2, lett. a), dopo le parole "*ai sensi dell'art. 444 del Codice di Procedura Penale*" aggiungere le parole "*divenuti irrevocabili*"

#### Motivazioni:

Per avere valore di accertamento definitivo della responsabilità penale, le sentenze di condanna, i decreti penali e le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. "patteggiamento") devono essere divenuti irrevocabili; sino a che non abbiano acquisito valore di cosa giudicata, infatti, i provvedimenti del giudice penale non possono essere produttivi di effetti

pregiudizievoli, in ragione dell'operare della presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2 Cost.

Al comma 2, lett. a), dopo le parole “*per i reati tributari di cui al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 e s.m.*” eliminare le parole “*per i reati in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*”

#### **Motivazioni:**

Il riferimento ai provvedimenti (irrevocabili) di condanna per “i reati in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81” è doppiamente inopportuno in questa sede: sia perché il precedente rinvio, nella stessa lett. a), ai “reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231” già comprende il richiamo ai più gravi reati infortunistici (l'art. 25 septies d.lgs. n. 231 del 2001 radica la responsabilità dell'ente in relazione ai delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro); sia perché, con riguardo alle fattispecie più lievi, la successiva lett. f) prevede che abbiano valore ostativo al rating i “provvedimenti ... di accertamento del mancato rispetto delle previsioni di legge relative alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro”.

Le stesse modifiche alla lett. a) vanno replicate nella lett. b) per le medesime motivazioni.

Al comma 2, lett. c), dopo le parole “*sentenza irrevocabile di condanna*” eliminare le parole “*e non sono state adottate misure cautelari*”.

#### **Motivazioni:**

Valgono, con riguardo alle sanzioni ed alle misure cautelari interdittive adottate nei confronti dell'ente (d.lgs. n. 231 del 2001), considerazioni analoghe a quelle svolte nelle precedenti motivazioni a proposito delle sentenze e dei provvedimenti applicativi di misure cautelari personali relative alle persone fisiche imputate di reati. Non può, infatti, essere revocata in dubbio l'applicabilità del principio di presunzione di innocenza anche alle persone giuridiche coinvolte nel procedimento penale volto all'accertamento degli illeciti da reato.

In alternativa, la rilevanza delle sentenze di condanna non passate in giudicato, dovrebbe essere rivista attraverso una selezione, tra i reati presupposto 231, dei reati più gravi ovvero attraverso una ricollocazione di tale requisito tra quelli premiali di cui all'articolo 3.

Al comma 2, lett. f), dopo le parole “*richiesta di rating*” aggiungere le parole “*,con esclusione degli atti endoprocedimentali (ad es.: verbali di accertamento di violazione, verbali di prescrizione, ecc.)*”.

#### **Motivazioni:**

L'Ance ritiene necessario che sia inserita nel testo del Regolamento la precisazione aggiunta il 26 settembre 2017 nelle FAQ pubblicate nel sito dell'AGCM.

Comma 7

#### **Valutazione e possibile soluzione:**

L'Ance ritiene che la deroga di cui al comma 7 (soglia di 1.000 euro per un accertamento e di 3.000 euro per più accertamenti) preveda valori soglia eccessivamente bassi che penalizzano soprattutto le imprese medio-grandi, che lavorano su una pluralità di cantieri.

Questa prescrizione, infatti, rischia di impedire a tali imprese l'accesso al rating in quanto inserita nell'attestazione del legale rappresentante dell'impresa con la quale si ottiene la prima stella.

Il dato richiesto dal Regolamento – basandosi su requisiti prefissati e non variabili - non è compatibile con il fatturato delle imprese: il fatturato rappresenta un chiaro indice di produttività ed è correlato ai lavori realizzati dalle imprese stesse. Ed è evidente che quanto più un'impresa lavora, tanto più è esposta al sistema sanzionatorio in materia di salute e sicurezza dei lavoratori.

Pertanto, l'Associazione propone di:

1. Modificare la prescrizione inserendo – in luogo di una soglia fissa - un dato percentuale da rapportare al fatturato dichiarato nell'ultimo bilancio approvato.

Si è contrari inoltre – in caso di accoglimento della soluzione prospettata - al mantenimento di una soglia fissa da intendere come limite massimo da non superare.

2. In alternativa, potrebbe prevedersi che il limite costituito da una percentuale sul fatturato, sia riferito alla soglia complessiva da non superare (oggi 3.000 euro), fermo eventualmente un limite di importo adeguatamente innalzato per la singola violazione, individuato in relazione alla gravità.

### **Art. 3 – Valutazione dei requisiti**

Al comma 2), lett. e) dopo le parole: “*di essere iscritto*” aggiungere le seguenti: “*o aver presentato domanda di iscrizione*”

#### **Motivazioni:**

L’Ance ritiene opportuno estendere il requisito dell’iscrizione alle *white list* anche agli operatori che hanno inoltrato richiesta di iscrizione.

Tale modifica, oltre ad essere in linea con la normativa vigente che consente la sottoscrizione dei contratti, nelle more dell’iscrizione, fatte salve le cautele di legge, è necessaria in ragione dei lunghissimi tempi di attesa che si registrano in alcune Prefetture per ottenere l’iscrizione nelle suddette liste. Peraltro, i tempi di istruttoria risultano molto differenziati sul territorio nazionale con effetti distorsivi sulla concorrenza e sul regolare funzionamento del mercato.

Al comma 2), lett. e) aggiungere le seguenti parole: “*o all’Anagrafe antimafia degli esecutori di cui al comma 6 dell’articolo 30 del DL 189/2016*”.

#### **Motivazioni:**

L’Ance propone di estendere il requisito premiale anche all’iscrizione all’Anagrafe antimafia degli esecutori, istituita presso il Ministero dell’interno ai fini dei controlli antimafia degli operatori impegnati nei lavori di ricostruzione post sisma Centro Italia. I soggetti iscritti all’Anagrafe sono sottoposti, infatti, ai medesimi controlli previsti per le *white list*.

\* \* \*

## **12. Revisione prezzi art. 106, c. 1**

✓ Osservazioni Ance

Andrebbe sancita l’obbligatorietà della previsioni di clausole di revisione dei prezzi, nonché la necessità che le variazioni di prezzo, in aumento o in diminuzione, siano valutate sulla base dei prezzari di cui all’articolo 23, comma 7, mentre la determinazione dell’ammontare dovuto a tale titolo dovrebbe considerare l’eccedenza rispetto al dieci per cento del prezzo originario.

## **13. Tempistica di pagamento del corrispettivo 113-bis**

✓ Osservazioni Ance

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

A tal fine, in applicazione della direttiva EU sui ritardi di pagamento (Dir. EU 2011/7/11) - recepita in Italia con il Decreto Legislativo n. 192/2012, che ha modificato e integrato il Decreto Legislativo n. 231/2002 – andrebbe ulteriormente ribadito che i pagamenti non possono superare i 60 giorni complessivi, decorrenti dalla maturazione del diritto dell’appaltatore.

Al fine poi di garantire il rispetto del termine massimo di 60 giorni, andrebbe altresì fissato un termine entro cui il RUP deve adottare lo stato di avanzamento dei lavori, al raggiungimento della quota dei lavori prevista.

Termine che, logicamente, deve essere computato nei 60 giorni entro cui deve avvenire il pagamento all'appaltatore.

Per ogni giorno di ritardo, scattano gli interessi di mora calcolati secondo quanto previsto dal Decreto Legislativo n. 231/2002.

Sono logicamente nulli i patti in deroga.

Si potrebbe peraltro introdurre un obbligo di effettuare un SAL nei termini specificati nel contratto e, comunque, con cadenza non superiore a 60 giorni. Va peraltro considerata gravemente iniqua, ai sensi del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, come modificato dal Decreto Legislativo 9 novembre 2012, n. 192, ogni prassi che prevede il superamento di tale termine.

#### **14. Eccezione di inadempimento art. 108**

##### ✓ Osservazioni Ance

Al fine di garantire l'equità del contratto di appalto, si propone di reintrodurre la possibilità per le imprese, che non sono pagate dalle amministrazioni, di sospendere i lavori ed agire per la risoluzione del contratto, ogni qual volta l'ammontare delle rate di acconto non pagate raggiunga il 15% dell'importo contrattuale netto, come era previsto dall'art. 133, comma 1, del D.lgs. 163/2006.

La necessità di tale istituto nasce dal ritardo con cui la Pubblica Amministrazione provvede al pagamento dei corrispettivi dovuti per l'esecuzione delle commesse: un tema che resta, oggi, purtroppo di drammatica attualità e che suscita ormai da anni l'interesse e l'allarme degli imprenditori che operano nel pubblico mercato.

Questi ultimi, infatti, sono soggetti al pesante gravame di un onere aggiuntivo rappresentato dall'ulteriore costo che gli stessi devono sostenere per far fronte all'intervallo di tempo, spesso consistente, che si viene a determinare tra il momento della liquidazione dei costi gestionali e quello dell'incasso del corrispettivo pattuito.

L'assenza di tale istituto nel nuovo Codice è stata la causa che ha determinato l'entrata in crisi di moltissime imprese, con conseguenza negative "a cascata" su tutte le imprese della filiera

#### **15. Settori speciali- art. 114**

##### ✓ Osservazioni Ance

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.

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

#### **16. Procedure in deroga - Art. 163**

##### ✓ Osservazioni Ance



### **MAI PIÙ DEROGHE**

Il Codice avrebbe dovuto prevedere espressamente tutte le procedure d'urgenza applicabili per le emergenze.

In realtà, **la fuga dal Codice** riemerge appena possibile, e soprattutto quando si è di fronte a termini di realizzazione non prorogabili.

In particolare, **per nessuno dei più recenti eventi** - come la ricostruzione post Sisma del Centro Italia, i Mondiali di sci di Cortina 2021, il G7 Taormina e le Universiadi 2019 - **si è riusciti ad evitare una normativa in deroga al Codice.**

Nel caso delle Universiadi 2019, la nomina di un commissario con poteri straordinari non è risultata, peraltro, sufficiente, essendo stato necessario nominare un "super" commissario.

### **17. PPP art. 180**

✓ **Proposta Ance**

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.

### **18. Contraente generale artt. 194- 198**

✓ **Osservazioni Ance**

Appare opportuno rivedere la disciplina sul General Contractor (GC), prevedendo di:

- introdurre il principio secondo cui, in ogni caso, il ricorso al GC è possibile solo in presenza di lavori connotati da forte complessità tecnica e/o finanziaria.

- specificare che il contraente generale provvede alla realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera affidata tramite appalto;

- aprire una riflessione sulla convenienza, in termini di rapporto "costi/benefici", del mantenimento dell'obbligo di prefinanziamento, in tutto o in parte dell'opera, in capo al contraente generale.

- tra gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, oltre ai criteri di cui all'articolo 95, occorrerebbe tener conto altresì: a) del valore tecnico ed estetico delle varianti; b) di ogni ulteriore elemento individuato in relazione al carattere specifico delle opere da realizzare".

- In tema di qualificazione, in una ottica di semplificazione e coerenza del sistema, rimettere al decreto del MIT di cui all'art. 83 del Codice - che conterrà, *inter alia*, anche il sistema di qualificazione del contraente generale, e non alle linee guida dell'ANAC, come attualmente previsto - la determinazione delle classifiche di qualificazione del C.G., nonché degli ulteriori

requisiti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di idoneità tecnica e organizzativa e di adeguato organico tecnico e dirigenziale.

### **19. Procedure – Cipe art. 202, 214 e 216**

#### **✓ Osservazioni Ance**

Occorre attuare una revisione del ruolo del Cipe che ne riconduca i compiti alla programmazione con riduzione dei duplici passaggi decisionali sia tra i ministeri che presso la Corte dei Conti.

In particolare, andrebbero modificati gli articoli 202 e 214 del Codice degli appalti (D.Lgs n. 50/2016).

I ripetuti passaggi al CIPE, previsti per la programmazione e per l'approvazione dei diversi livelli progettuali, nonché nell'assegnazione delle risorse, sono, infatti, tra le cause che determinano un allungamento dei tempi di realizzazione delle opere. Basti considerare che in media una delibera CIPE impiega circa 5 mesi per completare il complesso iter di approvazione previsto, con casi che arrivano anche a superare l'anno.

Le modifiche proposte intendono eliminare i passaggi al Cipe A) laddove le singole leggi di spesa già provvedano ad individuare gli interventi da realizzare e le necessarie risorse; B) successivi all'approvazione, da parte dello stesso Comitato, del Documento pluriennale di pianificazione.

Il processo realizzativo dovrebbe prevedere:

- la programmazione di interventi e delle risorse finanziarie in sede CIPE, solo laddove non definita per legge o in altro atto normativo di portata generale, con i relativi aggiornamenti annuali;
- la definizione e l'approvazione dei vari livelli progettuali da parte dell'amministrazione competente o della stazione appaltante, con successiva trasmissione dei progetti al CIPE al momento dell'aggiornamento della programmazione;

Al riguardo, appare opportuno ricordare, in particolare, che il Documento Pluriennale di Pianificazione (DPP), nel quadro delineato nel Codice degli appalti, costituisce lo strumento unitario di programmazione triennale delle risorse per gli investimenti pubblici. Tale documento contiene, infatti, l'elenco degli interventi di competenza del Ministero, comprese le opere la cui progettazione di fattibilità è valutata meritevole di finanziamento.

Il DPP è redatto e approvato con cadenza triennale ai sensi del D.Lgs 228/2011. Ciò vuol dire che è già prevista l'approvazione del CIPE e, annualmente, la predisposizione da parte del Ministero delle infrastrutture di una relazione sullo stato di avanzamento degli interventi da allegare al Documento di Economia e Finanza.

Tale relazione annuale contiene eventuali aggiornamenti e modifiche apportate ai progetti e viene trasmessa al CIPE, per la presa d'atto, ai sensi dell'art.2 comma 6 del sopra richiamato D.Lgs 228/2011.

Questi passaggi al CIPE appaiono sufficienti a garantire la funzione di programmazione e controllo attribuita al Comitato.

In questo contesto appare, quindi, possibile semplificare l'iter realizzativo delle opere infrastrutturali prioritarie eliminando tutti i passaggi al CIPE, successivi all'approvazione del DPP, che non hanno carattere programmatico e si riferiscono a singoli interventi.

Si tratta di un intervento coerente con la scelta del definitivo superamento della Legge Obiettivo.

La proposta di modifica interviene anche sulle disposizioni transitorie, proponendo che le opere strategiche, già inserite negli strumenti di programmazione approvati e per le quali la procedura di

valutazione di impatto ambientale sia già stata avviata alla data di entrata in vigore del Codice (19 aprile 2016), siano approvate dagli enti aggiudicatori, fatti salvi tutti i procedimenti autorizzativi già perfezionati secondo la disciplina previgente.

## **20. Contenzioso: Riserve art. 205**

✓ Proposta Ance

Quanto al contenzioso in fase esecutiva, occorre anzitutto procedere 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 ( art. 205, comma 1).

È poi interesse 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

- potenziare gli strumenti di tutela alternativi al contenzioso giudiziario, attraverso la valorizzazione dell'istituto dell'accordo bonario – da applicare anche in ipotesi di affidamento a contraente generale – rafforzandone l'obbligo della stazione appaltante a ricorrervi e prevedendo termini perentori per la sua conclusione,
- reintrodurre l'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.
- 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.

## **21. Contenzioso: collegio consultivo tecnico art. 207**

✓ Osservazioni Ance

Vedi sub paragrafo 19.

## **22. Contenzioso: Arbitrato art. 209**

In tema di arbitrato, da svolgere presso l'ANAC, sempre in una ottica di potenziamento degli strumenti deflattivi del contenzioso, andrebbe soppressa la previsione che, ai fini dell'inserimento della clausola compromissoria nel bando di gara, ritiene necessaria l'autorizzazione dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice.

Ciò, in quanto potrebbe determinare un'inutile appesantimento della procedure, non favorendo il ricorso a tale istituto.

Occorrerebbe poi affermare, in linea con le previsioni del codice di procedura civile, che agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

### **23. Procedure - Cipe art. 214, c. 2**

#### ✓ Osservazioni Ance

Vedi sub paragrafo 18.

### **24. Procedure – Competenze Consiglio Superiore Lavori Pubblici art. 215, c. 3**

Ai fini dello snellimento del processo realizzativo delle opere pubbliche, sarebbe opportuno prevedere il parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici sui progetti di fattibilità, in luogo dei progetti definitivi, innalzando la soglia da 50 milioni di euro, previsti dalla normativa vigente, a 200 milioni di euro.

Per i lavori pubblici di importo inferiore a 200 milioni di euro, invece, le competenze del Consiglio superiore dovrebbero essere esercitate dai comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche.

In ogni caso, qualora il lavoro pubblico di importo inferiore a 200 milioni di euro, presentasse elementi di particolare rilevanza e complessità, il provveditore potrebbe comunque sottoporre il progetto, con motivata relazione illustrativa, al parere del Consiglio superiore.

### **25. Disposizioni transitorie e di coordinamento art. 216**

#### ✓ Osservazioni Ance

Al contempo, considerato che tale iter normativo comporterà inevitabilmente una tempistica di medio periodo, occorre individuare sin d'ora un pacchetto misure "anticrisi", da inserire in un decreto legge "ponte", da applicare, cioè, fino a quando il nuovo quadro normativo "a regime" non si sarà completato.

Le misure urgenti dovrebbero riguardare:

- l'istituto del subappalto, al fine di superare gli attuali limiti, diretti ed indiretti, introdotti con il nuovo Codice, e di riportarlo in linea con le prescrizioni comunitarie;
- una più corretta applicazione dei criteri di aggiudicazione dell'OEPV e dell'esclusione automatica delle offerte anomale;
- il divieto della pratica del sorteggio delle imprese da invitare alle procedure negoziate, prevedendo meccanismi idonei;
- migliorare la qualificazione SOA, al fine di:
  - garantire la par condicio nella competizione tra le imprese e l'interesse pubblico a vedere opere concluse e non solo appaltate, prevedendo che gli indici di bilancio, al di sopra di certi importi, siano aggiuntivi e non sostitutivi rispetto al fatturato minimo richiesto ed escludendo dalla partecipazione allegare le imprese fallite o in concordato di qualsiasi genere;
  - Limitare le possibilità di richieste di risarcimento per danno erariale da parte della Corte dei Conti, escludendola in ogni caso in presenza di sentenze riformate tra vari gradi di giudizio.

## 26. Split payment

### ✓ Osservazioni Ance

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. Tutto ciò anche in relazione alla fatturazione elettronica.

## 27. Responsabilità dei pubblici funzionari

### ✓ Osservazioni Ance

A fronte di un controllo della Corte dei Conti serio e rigoroso, ci devono essere, necessariamente, delle regole chiare e certe, che permettano ai funzionari pubblici di agire nella piena consapevolezza delle loro prerogative.

Soltanto il verificarsi di tali condizioni può fare in modo che i dipendenti pubblici siano incentivati ad una politica del fare.

Occorre quindi introdurre delle misure che escludano la responsabilità erariale dei dipendenti pubblici per colpa grave nel momento in cui gli stessi agiscano in conformità a sentenze, anche non definitive, pronunciate con riferimento al caso specifico o ad orientamenti giurisprudenziali consolidati; lo stesso deve avvenire nell'ipotesi in cui i dipendenti operino in conformità alle indicazioni/raccomandazioni date dall'ANAC, nei diversi provvedimenti che possono essere adottati dalla stessa nell'esercizio delle sue funzioni.

Alle stesse condizioni, deve essere altresì escluso il reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) e, conseguentemente, la responsabilità civile dell'interessato in tal caso (salvo cioè che non consegua da altro reato).

## 28. Sicurezza sul lavoro

Con riferimento alla materia della sicurezza sul lavoro, si propone di inserire alcune previsioni presenti nel D. Lgs. 163/2006 e non riprese nel D. Lgs. n.50. In particolare, tali previsioni riguardano i documenti della sicurezza e la stima dei costi della sicurezza.

Bisognerebbe reintegrare la disposizione secondo la quale entro trenta giorni dall'aggiudicazione, e comunque prima della consegna dei lavori, l'appaltatore è tenuto a redigere **proposte integrative del piano di sicurezza e di coordinamento**, ove previsto ai sensi del Testo unico Sicurezza.

Bisognerebbe ribadire il principio secondo il quale **i costi della sicurezza**, derivanti dal piano di sicurezza e coordinamento, **non sono soggetti a ribasso d'asta**.

Inoltre sarebbe necessario reinserire la previsione secondo la quale le imprese esecutrici, prima dell'inizio dei lavori o in corso d'opera, **possono presentare al coordinatore proposte di modifica o integrazione del piano di sicurezza e coordinamento**, sia per adeguare i contenuti

alle tecnologie dell'impresa, sia per garantire il rispetto delle norma antinfortunistiche nel piano stesso.

Infine, dovrebbe essere reinserito il principio secondo il quale è necessario **pianificare la sicurezza e la relativa stima dei costi sin dalla fase di progettazione dell'opera.**

*Roma, 10 settembre 2018*