

Milano 19-20 novembre 2013

Esiste un intreccio profondo tra la legislazione europea sugli appalti e la legislazione nazionale. La prima direttiva è del 1971 la n.305, alla quale seguirono la n. 665 del 1989, e la n. 13 del 25 febbraio 1992, assai parziali (basti considerare che la prima conteneva sei articoli di indirizzo, la seconda quattordici).

Le ultime, e ancora attuali due direttive, la 17 e la 18, del 31 marzo 2004, hanno un corpo più voluminoso e un indirizzo ben più incisivo delle precedenti (75 articoli per la 17 e 84 per la 18). Queste due direttive sono state poi riversate sul nostro Codice degli Appalti, attraverso la legge 163 del 2006.

Adesso a meno di dieci anni la Commissione Europea ha avvertito la necessità di avere un ulteriore approccio e di produrre nuove modifiche.

Le proposte in discussione, delle direttive generali, prendono origine dal Libro verde, adottato dalla Commissione Europea il 27 Gennaio 2011, che si propone, come obiettivo, la modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici.

L'utilizzazione degli appalti pubblici sono considerati determinanti per incidere sulla modernizzazione dell'Europa, favorire la crescita economica, i livelli d'occupazione e diminuire gli squilibri territoriali.

L'iter di approvazione, delle direttive in esame, ha avuto una procedura complessa che ha coinvolto **il Parlamento, la Commissione, il Consiglio e gli stessi Stati Nazionali**, i quali in una seconda fase saranno chiamati a recepire le Direttive.

Le nuove Direttive modificheranno quelle attuali, **la 17** che regola i settori speciali (energia, acqua, servizi postali, trasporti; e **la 18** inerente ai settori ordinari (Appalti pubblici di lavori, servizi e forniture); inoltre è prevista una nuova direttiva sugli **appalti di concessione**, che costituisce una novità regolamentare rispetto all'approccio precedente.

L'insieme di queste tre direttive dovranno poi essere recepite a livello nazionale attraverso una ristestura del **Codice degli Appalti**, la legge 163/2006 in precedenza menzionata.

Dall'atto dell'emanazione delle Direttive Europee, **prevista per dicembre 2013**, gli stati nazionali avranno **24 mesi** per recepirle nella propria legislazione.

Va ricordato che le **Direttive** costituiranno il quadro di riferimento, in quanto determineranno l'indirizzo complessivo vincolante, ma gli Stati nazionali avranno la possibilità di modularle in relazione alle proprie **specificità**.

Questo significa, come per la prima esperienza, che non avremo un corpus di norme identiche per i 27 stati dell'Unione, ma legislazioni nazionali che comunque non potranno sottrarsi all'indirizzo generale delle direttive che dovranno essere comunque rispettate.

Alcuni esempi per rendere l'idea di questo processo.

La discussione in atto attribuisce un ruolo significativo alle **Autorità** che dovranno vigilare sulla attuazione della normativa, ma anche sugli aspetti relativi alla trasparenza delle procedure e al contrasto di fenomeni di corruzione.

In Italia, da questo punto di vista, abbiamo una esperienza già avanzata ed è costituita **dall'Autorità di vigilanza sugli appalti e dall'istituzione della Banca Dati nazionale**, con l'obbligo per le stazioni appaltanti di verificare i requisiti dei concorrenti agli appalti pubblici tramite il portale dell'AVCP (anche se quest'ultima non è ancora operativa ed è stato operato un ulteriore slittamento di un anno), gli altri Stati dovranno allinearsi costituendo la proprie Autorità di vigilanza.

Francia, Inghilterra, Germania, non hanno le nostre problematiche rispetto alla tutela dell'ambiente, o sulle questioni di natura sismica o di degrado del territorio.

Sarà necessario che la nostra normativa, da questo punto di vista, debba essere molto più stringente. Penso alla Valutazione di impatto Ambientale. Una valutazione che spesso e volentieri determina la qualità del progetto e poi dei lavori.

Altro esempio ancora, che si attaglia per l'Italia, è l'aspetto della **corruzione nella pubblica amministrazione** che fa il paio con l'enorme fenomeno della **penetrazione di mafia nel sistema degli appalti**, per cui in Italia sarà importantissimo il rafforzamento della legislazione sulla **trasparenza, il monitoraggio dei flussi finanziari, l'articolo 118 del Codice**, per tentare di bloccare il fenomeno del subappalto indiscriminato non autorizzato, che in Italia rappresenta una vera e propria degenerazione sistemica in quanto scarica tutte le problematiche d'un appalto sui lavoratori.

L'istituzione operativa, in tutte le regioni delle **SUA**, e delle **Centrali di Spesa**, assieme all'obbligo per i Comuni sotto i 5000 abitanti di consorziarsi, va in questa direzione.

Le stesse legislazioni regionali potrebbero giocare un ruolo assai importante.

Penso all'articolo 4 del Codice, relativo alle competenze legislative di Stato, regioni e provincie autonome e alla legislazione concorrente, fatto salvo il "principio di prevalenza", perché è indubbio che non si possono avere 20 leggi regionali, sarebbe una catastrofe.

Ma è possibile avere una legislazione regionale che rafforzi ulteriormente il Codice, come quelle relative a: Sicurezza sul Lavoro, Tutela e Sicurezza nei Cantieri Edili, alle Centrali regionali di spesa, alle Stazioni uniche Appaltanti, alla Istituzione di osservatori regionali sugli appalti e sulle concessioni.

Le Direttive andranno ad incidere in un settore strategico non solo sotto il profilo economico, che è rilevante considerato che il valore complessivo per l'acquisto di merci, servizi e lavori da parte del settore pubblico dell'UE ammonta a oltre **2.400 Mld** all'anno e costituisce il **18% del PIL Europeo**, ma anche per l'impatto di modernizzazione, penso alle grandi infrastrutture, e per l'aspetto sociale, inteso come occupazione e fruizione dei servizi pubblici.

In Italia, per dare una idea, nel 2011, nel sistema degli appalti pubblici di lavoro, servizi e forniture, sono stati spesi **106 miliardi di euro**.

Un volume di investimenti che rappresenta **l'8% del Pil Nazionale**.

E' interessante scorporre questi investimenti per vedere in quali settori sono stati impiegati:

il 31% nei lavori,

il 41% nei servizi,

il 28% nelle forniture.

Dalle vicissitudini quotidiane, dalle stesse relazioni annuali dell' Avcp e della stessa Corte dei Conti, per non citare le relazioni antimafia, emerge un sistema degli appalti che a definire opaco è un eufemismo, e di cui il legislatore italiano non può non tenerne conto nel momento in cui si accingerà ad una revisione complessiva del Codice degli Appalti.

Abbiamo ribassi che sono esorbitanti, con una media del 21% nei lavori, e del 18% nei servizi.

Ma questa è solo la media in quanto assistiamo ad aggiudicazioni ribassi del 40-50% .

Il contenzioso in Italia determina un aumento medio del costo del 30%. **La variante in corso d'opera è un elemento patologico. La lentezza della realizzazione di un opera tra previsione, progettazione, avvio dei lavori e collaudo è esasperante.** In media occorrono, quando va bene, 13-14 anni. Da questo punto di vista occorre dire che la **legge obiettivo è fallita**.

Ma dal punto di vista sociale abbiamo anche aspetti ormai degenerativi per quanto attiene al lavoro nero, alla mancata corresponsione del salario e dei contributi sociali.

E una legge di rivisitazione complessiva sugli appalti deve in primo luogo, affinché gli obiettivi europei possano essere raggiunti, puntare anche ad una qualità maggiore del sistema delle imprese che agiscono nei settori interessati.

Abbiamo imprese che sono contenitori vuoti, non hanno personale, non hanno attrezzatura, però partecipano alle gare e vincono gli appalti.

O come nel settore dei servizi sono proliferate le cosiddette cooperative sociali, nate nell'altro secolo per fini nobili e di tutela dei lavoratori, e oggi sono solo un escamotage per pagare di meno i lavoratori o per applicare contratti capestro.

Nel merito:

Sono previste tre direttive:

Settori speciali, energia, acqua, trasporti e servizi postali;
Settori ordinari, appalti pubblici di lavori, forniture e servizi;
Appalti di Concessioni.

Quest'ultima costituisce una novità rispetto alla legislazione europea precedente, colmandone un vuoto di non poco conto, in quanto, ad oggi le Concessioni sono regolate da disposizioni di diritto derivato e si avvertiva il bisogno di un quadro giuridico certo e uniforme che valesse per tutti gli stati membri in relazione alle norme procedurali, ai requisiti di pubblicità e trasparenza, ai criteri di selezione e a quelli di aggiudicazione.

Anche in ragione del fatto che questo settore risulta tra i più chiusi, visto che il 98% delle gare pubbliche è aggiudicato da operatori nazionali.

Gli obiettivi essenziali riguardano la semplificazione delle procedure di appalto, la riduzione degli oneri amministrativi per gli enti appaltanti e per le imprese, le garanzie per un maggiore accesso della PMI agli appalti mediante la suddivisione in lotti, una maggiore attenzione ai vincoli sociali ed ambientali, lotta alla corruzione e ai conflitti d'interesse.

Le direttive agiranno sugli appalti sovvenzionati dalle amministrazioni aggiudicatrici, in misura superiore al 50%.

E' prevista la soppressione della attuale distinzione tra i cosiddetti **servizi A prioritari e servizi B non prioritari**.

Un elenco infinito di servizi sparsi negli allegati delle due Direttive, che hanno generato confusioni interpretative e applicative.

Accanto alle procedure di gara tradizionale, **Aperta e Chiusa** si prevede l'utilizzazione di altre cinque procedure: la negoziata con o senza indizione di gara; la competitiva con negoziato; la negoziata senza pubblicazione preventiva; il nuovo partenariato per l'innovazione; il dialogo competitivo.

Diventerà immediatamente obbligatorio, per le **centrali di committenza**, l'appalto online, mentre è previsto un periodo transitorio di due anni per tutte le altre stazioni appaltanti.

La prima tappa sarà l'introduzione, entro il 30 di giugno 2014, dell'obbligo di digitalizzare la pubblicazione degli avvisi e dei documenti di gara.

Nella fase di aggiudicazione di un appalto sarà consentito di valutare i criteri di aggiudicazione prima di quelli inerenti alla selezione.

Un aspetto questo non positivo, da ovviare nella nostra legislazione, in quanto può determinare l'allungamento dei tempi di aggiudicazione dell'appalto e l'insorgere di un contenzioso immediato da parte dell'impresa che si vedrebbe esclusa dopo aversi aggiudicato l'appalto per carenza di requisiti generali.

Per la selezione delle imprese sono previsti i **criteri Reputazionali**.

Un aspetto senz'altro positivo, ma questi dovranno essere specificati, codificati e non di natura discrezionale (Chiusura di un appalto nei tempi stabiliti, senza riserve e senza danni d'altra natura, ma ha questi è possibile aggiungere la correttezza nei pagamenti e nei versamenti, la sicurezza nei lavori, di non essere stata oggetto di penetrazione di mafia ecc.).

E' prevista la possibilità di istituire le **blak list e le White list** per le imprese, i fornitori o i prestatori di servizi. Ma la norma sulle **White-list** può diventare uno strumento positivo a condizione che diventi obbligatoria e non facoltativa.

Nelle procedure di aggiudicazione, rimane inalterato il **criterio del massimo ribasso** e della **offerta economicamente più vantaggiosa**.

In questo contesto l'indirizzo delle direttive punta a far diventare residuale il criterio del massimo ribasso, mentre sempre di più dovrà diventare centrale l'offerta economicamente più vantaggiosa.

In questo caso sarà necessario una rivisitazione strutturale dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per individuare pesi e contrappesi oggettivi e affinché la parte economica, nell'assegnazione del punteggio non continui ad essere l'aspetto preponderante nel determinare l'aggiudicazione di un appalto.

Dovranno, invece, diventare preponderanti i criteri di qualità come: **La qualità del progetto, il ciclo di vita d'un opera, il risparmio energetico, l'impatto ambientale, l'uso dei materiali, la riduzione dell'inquinamento e gli aspetti di inclusione sociale.**

Accanto a questo, andrà ripensato il ruolo delle commissioni di aggiudicazione per ridurre al minimo gli aspetti di discrezionalità.

Per quanto attiene i Servizi Sanitari, amministrativi in materia di istruzione, di assistenza sanitaria e cultura, i servizi di assicurazione sociale obbligatoria, i servizi di prestazione sociali, non potranno essere applicate le procedure ordinarie di aggiudicazione, ma è **previsto un regime speciale a parte.**

Sono previsti maggiori vincoli alle Spa pubbliche che potranno vedersi assegnati lavori pubblici senza gare e contemporaneamente partecipare a gare private, purché tale attività non generi più del 20% del loro fatturato.

Nell'esecuzione del contratto ci sono due elementi di novità, presenti anche nella nostra legislazione, che hanno però aspetto facoltativo per l'ente aggiudicatario.

Se si vorrà determinare una effettiva deterrenza, e maggiore trasparenza e fruizione di un diritto, questi due aspetti dovranno avere natura prescrittiva.

Nella fattispecie, nella stesura delle direttive viene indicato che le amministrazioni aggiudicatarie, nei **documenti di gara**, potranno chiedere al candidato di indicare nella propria offerta l'eventuale parte dell'appalto che intende subappaltare a terzi (fin qua nulla di nuovo), la parte innovativa (presente nella legge Rognoni-Latorre) specifica che già nella formulazione dell'offerta dovranno essere indicati gli eventuali subappaltatori e subfornitori. **Se questa norma diventerà prescrittiva verrà compiuto un indubbio passo in avanti rispetto ai meccanismi di trasparenza, di legalità e di tutela dei lavoratori.**

Come anche la norma che stabilisce, su richiesta del subappaltatore, **il pagamento diretto da parte dell'amministrazione aggiudicataria**, di quanto dovuto per le forniture o i lavori forniti al contraente principale.

L'azione combinata di queste due norme, se prescrittive, potrebbero determinare una forte riduzione della pratica del subappalto o comunque esercitare un controllo immediato e continuo da parte del committente.

La responsabilità solidale nel sistema degli appalti pubblici

Un elemento di forte criticità da parte della Ces è relativo alle **norme di sostenibilità sociale**, molto lasche, invece ci sarebbe bisogno di una normativa forte inerente la responsabilità solidale nel sistema degli appalti, dal Committente, all'impresa appaltatrice, a quelle in subappalto e subfornitura, affinché l'azione di rivalsa possa essere non solo più veloce ma anche più semplice e produttiva per i lavoratori costretti ad intentare una causa di lavoro.

L'istituto della responsabilità solidale è stato manomesso, indebolito con gli ultimi decreti del governo Monti e in modo particolare da quello della Fornero sul mercato del lavoro, l'articolo 4 della 92/2012, rendendo farraginosa e contorta la procedura legale di rivalsa, mettendo a rischio l'azione di recupero dei crediti vantati dal lavoratore e rischiando di far venir meno l'esigibilità di un diritto essenziale.

Nell'ambito delle direttive europee, viene prevista l'istituzione della Responsabilità Solidale per tutti gli Stati membri, oggi in vigore soltanto in Italia, Francia e Spagna.

Viene data la possibilità di introdurre la corresponsabilità in solido delle imprese appaltatrici e subappaltatrici nei confronti della stazione appaltante.

Per i contratti d'appalto Misti, fonte spesso di confusione, viene specificato che nei contratti di lavoro, forniture e servizi, dovrà essere l'oggetto principale dell'appalto a determinare le norme applicabili e il contratto di riferimento.

Altra norma, di accesa discussione, è stata quella relativa all'obbligo della suddivisione in lotti funzionali per gli appalti superiori ai 500 mila euro, al fine di garantire l'accesso diretto negli appalti, e non solo ai subappalti, per le **piccole e medie imprese**.

Questa parte è stata riscritta peggiorandola, in quanto, da prescrittiva è diventata facoltativa. E' lasciata agli Stati Nazionali la possibilità di stabilire che, qualora le amministrazioni non optano per la suddivisione in lotti saranno tenute a motivare questa loro scelta.

Abbiamo visto come l'istituto del contraente Generale soffoca il meccanismo diretto d'accesso delle piccole imprese.

Nella realizzazione della Salerno Reggio Calabria nei macro lotti hanno interagito una cosa come 1200-1500 imprese in subappalto, moltissime non autorizzate.

Contrasto al conflitto d'interesse, alla corruzione ai favoritismi

Come dicevo all'inizio è prevista l'istituzione della Autorità di Vigilanza, in Italia già operante, noi, in termini legislativi abbiamo fatto un ulteriore passo avanti prevedendo la Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici, ancora non operante.

E' previsto l'obbligo per gli enti appaltanti di trasmettere all'organo di vigilanza il testo dei contratti conclusi.

C'è però un limite che dovrà essere superato oggi quest'obbligo è vincolante solo per le soglie più alte: 1 milione di euro per le forniture di servizi; 10 milioni di euro per i lavori.

Sono queste soglie troppo alte perché rimarrebbero fuori dai controlli l'80% dei lavori appaltati.

Era stata prevista, inoltre, una Autorità di Vigilanza Europea, ma questa proposta non è passata per le posizioni espresse da Germania e Inghilterra assieme ad alcuni Paesi dell'est.

Va accesa sull'intera materia una discussione di merito, per l'importanza del sistema degli appalti pubblici in Italia, per le sue ricadute sociali, per l'esercizio dei diritti dei lavoratori, ma anche per porre freno ad una situazione ormai di degenerazione sistemica che dovrebbe essere sotto gli occhi di tutti.

E in questa, **l'aspetto che attiene al controllo sociale sugli appalti è un elemento determinante**, sia nella gestione dei protocolli, ma anche per determinare che la norma relativa al **dibattito pubblico** sulle grandi opere diventi una realtà.

Rispetto al sistema degli appalti pubblici c'è la necessità di procedere non più con decreti legge, ma attraverso un disegno di legge per la formazione di un corpus normativo complessivo.

Sergio Genco

Dipartimento Reti e Terziario

Milano 19, 20 novembre 2013