

APPROVATO LO STATUTO DELLE IMPRESE: NUMEROSE LE NOVITÀ NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI ANCHE SE EMERGONO ALCUNI DUBBI INTERPRETATIVI

Note dell'avv. Alessandro Bonanni*



Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese -
Proposta di legge C. 98-1225-1284-1325-2680-2754-3191-B approvata definitivamente il 3 novembre 2011

Dopo un lungo ed articolato iter è stato finalmente e definitivamente approvato dal Parlamento il disegno di legge recante “*Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto delle imprese*”. Trattasi di pacchetto di disposizioni finalizzate a stabilire i diritti fondamentali delle imprese definendone lo statuto giuridico, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese (MPMI), relativamente alle quali si è inteso recepire le indicazioni contenute nello *Small Business Act* adottato a livello comunitario. Non mancano novità incidenti sulla contrattualistica pubblica, che di seguito si cercherà di schematizzare, con l’aggiunta di impressioni suscitate dalla prima lettura delle norme.

Viene in rilievo, anzitutto, una modifica dell’art. 91, comma 1, del Codice dei Contratti, nel senso di innalzare sino alla soglia di rilevanza comunitaria (di cui all’art. 28 del Codice stesso) il limite entro il quale può trovare applicazione l’affidamento con procedura negoziata degli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo. Pertanto, il previgente limite di 100.000 euro viene portato sino a 125.000 euro per i committenti che sono amministrazioni centrali

* Alessandro Bonanni è avvocato amministrativista del Foro di Roma, esperto in contenzioso in materia di affidamento di contratti pubblici. È ideatore e autore del sito web www.contratti-pubblici.it e collaboratore dell’Osservatorio nell’ambito del progetto RETE TAR [www.osservatorioappalti.unitn.it].

dello Stato, e sino a 193.000 euro per tutte le altre tipologie di enti affidanti.

Altre disposizioni dello Statuto delle imprese sono espressamente finalizzate a rendere più trasparente l'informazione relativa ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie comunitarie, nonché a favorire l'accesso al mercato delle MPMI. È stato previsto, in particolare, che le stazioni appaltanti debbano suddividere gli appalti in lotti o lavorazioni (nel rispetto, però, di quanto previsto dall'articolo 29 del Codice, e purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari), nonché evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti nei vari stati di avanzamento. Ed ancora, si prevede che le stazioni appaltanti debbano (ma non è chiaro con quali modalità operative) semplificare l'accesso agli appalti delle aggregazioni fra micro, piccole e medie imprese, privilegiando associazioni temporanee di imprese, forme consortili e reti di impresa, nell'ambito della disciplina che regola la materia dei contratti pubblici.

Forse meno chiaro appare il quadro delle disposizioni intese a favorire l'accesso delle MPMI alla gestione dei servizi pubblici locali. La norma, anzitutto, si riferisce, con infelice formulazione, agli "appalti pubblici di fornitura di servizi pubblici locali", e limita la propria efficacia ai comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti "e per importi inferiori alle soglie stabilite dall'Unione europea" (limitazione, quest'ultima, che non appare di chiara decifrabilità, atteso che le concessioni di servizi pubblici locali esulano dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti, e sono assoggettate solo al rispetto dei principi derivanti dall'ordinamento comunitario, a prescindere dalla loro rilevanza economica).

In base alle previsioni della novella in commento, poi, il favor nei confronti delle MPMI nell'affidamento dei servizi pubblici locali dovrebbe essere espresso dagli enti affidamenti mediante:

- *“l’assegnazione tramite procedura di gara ad evidenza pubblica ovvero tramite assegnazione a società miste pubblico-private, a condizione che la selezione del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità previsti dall’Unione europea, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione dell’appalto”;*

- *“l’individuazione di lotti adeguati alla dimensione ottimale del servizio pubblico locale”;*

- *“l’individuazione di ambiti di servizio compatibili con le caratteristiche della comunità locale, con particolare riferimento alle aree dei servizi di raccolta, smaltimento e recupero dei rifiuti, del trasporto pubblico locale, dei servizi di manutenzione e riparazione nelle filiere energetiche, dell’illuminazione pubblica, dei servizi cimiteriali, di riqualificazione del patrimonio edilizio pubblico, di manutenzione delle infrastrutture viarie e di manutenzione delle aree verdi”.*

Ad opinione di chi scrive, le suddette condizioni di favore da applicare nei confronti delle MPMI nell’affidamento dei servizi pubblici locali appaiono di generico indirizzo, o comunque ridondanti di regole già invalse (come nel caso delle modalità per procedere all’affidamento), al punto che risulta non agevole immaginare quali concrete ed effettive ricadute positive potranno registrarsi nell’interesse degli operatori economici di minori dimensioni. Qualche perplessità desta, ad una prima lettura, anche la previsione secondo cui l’affidamento dei servizi pubblici locali, nei comuni aventi meno di 5.000 abitanti, potrebbe avvenire di tramite assegnazione a società miste pubblico-privato (le perplessità si radicano sul disposto dell’art. 14, comma 32

del D.L. 78/2010, in base al quale “*i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società*”).

Un’ulteriore disposizione di favore per le MPMI sembra riguardare le grandi infrastrutture, ma si è in presenza – anche in tal caso – di indicazioni di mero indirizzo sulle cui ricadute concrete è lecito nutrire qualche dubbio: “*introdurre modalità di coinvolgimento nella realizzazione di grandi infrastrutture, nonché delle connesse opere integrative o compensative, delle imprese residenti nelle regioni e nei territori nei quali sono localizzati gli investimenti, con particolare attenzione alle micro, piccole e medie imprese*”.

Pure ridondante appare la generica previsione per cui “*Le micro, piccole e medie imprese che partecipano alle gare di appalto di lavori, servizi e forniture possono presentare autocertificazioni per l’attestazione dei requisiti di idoneità. Inoltre le amministrazioni pubbliche e le autorità competenti non possono chiedere alle imprese documentazione o certificazioni già in possesso della pubblica amministrazione o documentazione aggiuntiva rispetto a quella prevista dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*”.

La possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva per attestare il possesso dei requisiti di qualificazione era infatti già prevista dal Codice dei Contratti per tutti gli operatori economici, di talché non è chiaro il particolare vantaggio che, con tale disposizione, si vuole ricollegare alle MPMI (a meno di non voler leggere in essa particolari implicazioni inespresse).

Ancor più singolare è il precetto per cui “*La pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all’impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*”: a prima vista sembra trattarsi di una parziale deroga all’operatività della verifica sui

requisiti speciali dei concorrenti ai sensi dell'art. 48 del Codice (verifica che viene espletata a campione durante la gara e, poi, viene estesa anche all'aggiudicatario ed al concorrente risultato secondo in graduatoria).

In effetti non è chiaro come e quando una simile deroga debba concretamente operare (se, ad esempio, vadano evitate la verifica a campione e quella nei confronti del concorrente secondo graduato quando ne sia interessata una MPMI, ovvero se la deroga debba operare quando alla gara abbiano partecipato solamente MPMI).

In ogni caso, non è agevolmente individuabile la *ratio* che imporrebbe un simile regime differenziato di verifica delle dichiarazioni per le MPMI rispetto agli altri operatori economici (e ciò senza considerare le difficoltà connesse all'inesistenza di una definizione compiuta ed univoca delle “*micro, piccole e medie imprese*” che sarebbero interessate dalla deroga di cui trattasi).

Più oscure e problematiche risultano, però, le conseguenze sanzionatorie previste nel caso in cui la detta verifica abbia dato esito negativo: “*Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno*”. In effetti, le conseguenze della mancata dimostrazione dei requisiti speciali dichiarati in sede di gara erano già compiutamente disciplinate dall'art. 48, comma 1, del Codice dei Contratti. È dubbio, quindi, se le sanzioni previste dallo Statuto delle imprese vadano a sostituire quelle dell'art. 48 del Codice, a ribadirele ovvero ad aggiungersi ad esse.

Non è affatto chiaro, in particolare, se la sanzione interdittiva della sospensione della partecipazione alle gare per il periodo di un anno vada intesa quale applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. h) del Codice per aver reso una falsa dichiarazione, oppure quale

applicazione del precetto di cui all'art. 48, comma 1, ultimo cpv. (per il quale *“L'autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento”*).

Anche ove venisse chiarito a quale delle due predette ipotesi sanzionatorie dovrebbe ricondursi l'interdizione annuale prevista dallo Statuto delle imprese, non si capirebbe comunque la ragione per cui quest'ultimo dovrebbe aver ribadito l'esistenza di una sanzione già prescritta da altra norma vigente ed operante per tutte le tipologie di gara.

Ma problematiche ed interrogativi ancor più pregnanti si aprirebbero ove quella prevista dallo Statuto delle imprese dovesse ritenersi quale terza, nuova tipologia di sanzione interdittiva. Infatti, in tal caso, si dovrebbero fare i conti con l'assoluta vaghezza della disposizione in commento, che non specifica alcuna modalità per la concreta applicazione della sanzione interdittiva annuale, con conseguente incertezza anche in merito al soggetto deputato a dare ad essa effettiva attuazione (non viene previsto, ad esempio, se l'applicazione della sanzione *de qua* debba passare attraverso un provvedimento dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, ovvero se quest'ultima debba previamente vagliare l'elemento soggettivo del dichiarante come oggi previsto dall'art. 38, comma 1-ter del Codice in caso di falsa dichiarazione, ecc.). Insomma, nel migliore dei casi, trattasi di una norma completamente inutile perché duplicativa di precetti già vigenti. Nel peggiore, si rischia addirittura di assoggettare le MPMI a sanzioni interdittive più gravi e sommarie rispetto a quelle operanti per gli altri operatori economici di maggiori dimensioni aziendali.

Non meno oscuro è poi, almeno a prima lettura, il rinvio alle *“sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246”*, che pure dovrebbero trovare applicazione *“nel caso di micro, piccole e medie imprese”*.

Ridondante è, invece, la prescrizione dello Statuto delle imprese per cui, nell'affidamento dei contratti pubblici di valore inferiore alle soglie comunitarie, è fatto divieto alle stazioni appaltanti di richiedere alle imprese *“requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti medesimi”*. Anche in tal caso, infatti, si è in presenza di un divieto già operante, in quanto scaturente dall'applicazione di immanenti principi ordinamentali (i.e.: principi di ragionevolezza, proporzionalità, buon andamento della P.A.).

L'articolo 14 dello Statuto delle imprese, introdotto con un emendamento presentato al Senato, prevede altresì la costituzione di un consorzio obbligatorio nel settore dei laterizi (COSL), e ciò al fine di ridurre l'impatto ambientale e valorizzare la qualità e l'innovazione dei prodotti. Il COSL dovrà gestire un fondo alimentato dalle imprese del settore consorziate e finalizzato ad incentivare la chiusura delle unità produttive meno efficienti, ed eventualmente a finanziare le spese annuali di ricerca e sviluppo sostenute dalle imprese del settore. Appare inoltre rilevante menzionare la disposizione contenuta nell'art. 15 dello Statuto delle imprese, che si riferisce ai contratti di fornitura con posa in opera. Si prevede, al riguardo, che *“La disposizione prevista dall'articolo 118, comma 3, secondo periodo, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, si applica anche alle somme dovute agli esecutori in subcontratto di forniture con posa in opera le cui prestazioni sono pagate in base allo stato di avanzamento lavori ovvero stato di avanzamento forniture”*.

La norma sembra mirare ad estendere l'applicazione della disposizione recata dall'art. 118, comma 3, del Codice (che prevede la sospensione dei pagamenti agli affidatari che non trasmettono le fatture quietanziate del subappaltatore o del cottimista entro il termine stabilito) anche al caso dei subcontratti di fornitura con posa in opera. Tuttavia, poiché la fornitura con posa in opera, se presenta le

caratteristiche descritte dell'art. 118, comma 11, del Codice, è da considerarsi senz'altro un subappalto a tutti gli effetti, non vi è dubbio che la stessa già ricada nell'applicazione dell'art. 118, comma 3, cit.. E allora, anche in tale caso, o lo Statuto delle imprese si è limitato a ribadire una disposizione già esistente, oppure ha inteso estendere la portata dell'art. 118, comma 3, cit. anche ai contratti di fornitura e posa in opera che non presentino le caratteristiche per l'assimilazione ai contratti di subappalto (cioè le caratteristiche descritte dell'art. 118, comma 11, del Codice, per il quale *“è considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare”*).

Volendo caldeggiare tale seconda interpretazione, dovrebbe trarsi la conclusione per cui la P.A. è tenuta ad accertare, prima di procedere al versamento dei corrispettivi dovuti all'appaltatore, che quest'ultimo abbia onorato i pagamenti di tutte le forniture con posa in opera effettuate (e ciò a prescindere dalla loro rilevanza economica o incidenza percentuale sul totale delle prestazioni affidate).

Deve segnalarsi, infine, sotto il profilo della lotta ai ritardati pagamenti della P.A., che l'art. 10 dello Statuto delle imprese contiene una delega al Governo affinché lo stesso attui – attraverso lo strumento della legislazione delegata – il recepimento della direttiva 2011/7/UE. In forza di tale delega, il Governo adotterà, entro il termine di 12 mesi, un decreto legislativo finalizzato ad aggiornare il D.Lgs. 231/2002 alle nuove disposizioni comunitarie in materia di contrasto ai ritardati pagamenti.

Vengono anche dettati, in proposito, due criteri direttivi cui il Governo dovrà attenersi nel dare recepimento alla direttiva:

- contrastare gli effetti negativi della posizione dominante di imprese sui propri fornitori o sulle imprese subcommittenti, in particolare nel caso in cui si tratti di micro, piccole e medie imprese;
- prevedere la possibilità che l’Autorità garante della concorrenza e del mercato proceda ad indagini e interventi in prima istanza (diffide e sanzioni) per contrastare comportamenti illeciti messi in atto da grandi imprese.

Quanto all’entrata in vigore delle nuove disposizioni, la stessa è fissata nel giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.