



feneal-uil
FEDERAZIONE NAZIONALE
LAVORATORI EDILI AFFINI
E DEL LEGNO



Filca
C / S L
FILCA - FEDERAZIONE
ITALIANA LAVORATORI
COSTRUZIONI E AFFINI



FILLEA CGIL
FEDERAZIONE ITALIANA
LAVORATORI LEGNO
EDILI INDUSTRIE AFFINI
ED ESTRATTIVE

**ANALISI DEL D.LGS. 163/06
E
PROPOSTE DI EMENDAMENTI DELLE
SEGRETERIE NAZIONALI
FeNEAL-UIL FILCA-CISL FILLEA-CGIL**

PREMESSA

L'entrata in vigore del decreto legislativo 163/06 impone a tutti gli operatori del settore di effettuare un'attenta riflessione sull'impatto che tale nuova normativa avrà nei numerosi ambiti coinvolti.

Il nuovo codice nasce come normativa di recepimento delle direttive comunitarie in materia, le quali **hanno un unico e ben delimitato scopo: incentivare la concorrenza e favorire la creazione di un vero mercato unico**, il cui ambito territoriale coincida con il territorio dei paesi membri.

Da qui l'esigenza di una disciplina particolarmente attenta alla tutela di principi quali la parità di trattamento tra tutti gli operatori economici, la trasparenza dell'agire amministrativo, la non discriminazione delle imprese in base al paese di provenienza. Sempre in quest'ottica deve essere letta la distinzione tra contratti sopra soglia comunitaria (i quali per la loro dimensione economica sono suscettibili di attrarre operatori da diversi paesi comunitari e quindi necessitano di una normazione nazionale che rispetti direttive comunitarie) e contratti sotto soglia comunitaria (i quali, invece, non sono dimensionalmente in grado di attrarre imprese estere e, quindi, non vi è la necessità di direttive, essendo sufficiente il rispetto i principi generali del Trattato istitutivo delle comunità europee).

Il Codice però non si ferma al recepimento delle direttive, ma, mutuando lo spirito della legislazione previgente, tocca aspetti che non afferiscono alla tutela della concorrenza, ma ad altre materie costituzionalmente tutelata come:

la previdenza sociale (art. 117, c. 2 lett. o) Cost);

la tutela e sicurezza nel lavoro (art. 117, c. 3 Cost.).

Il DURC o la tutela dei lavoratori dell'impresa affidataria o dei lavoratori impiegati dal subappaltatore non sono certo esempi di tutela della concorrenza, ma di tutela del lavoro e della previdenza sociale.

L'insegnamento dato dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 303 del 2004, è chiaro sul punto: gli appalti, o meglio la regolamentazione dei contratti pubblici, non è una singola materia costituzionalmente rilevante, ma è un ambito di normazione che interseca e taglia una somma di materie, dalla concorrenza al lavoro, dall'organizzazione amministrativa alla sicurezza e salute.

La tutela del lavoro non risente di logiche come la distinzione tra appalti a seconda del loro importo, ma persegue il fine di tutelare la forza lavoro impiegata, nel caso specifico, per assolvere ad esigenze e bisogni pubblici.

Ecco, allora, che si può comprendere come la logica della tutela della concorrenza e dell'imparzialità dell'agire amministrativo, che è propria del nostro ordinamento interno, a volte faticosi a dialogare con la logica della tutela dei diritti, che muove da esigenze e da spinte sociali diverse. Il codice e la futura normazione di livello secondario, rappresentano, pertanto, un'occasione di affermazione dei diritti e di perfezionamento degli stessi.

In aggiunta a tutto questo, il Codice, accorpando lavori, servizi e forniture, compie una operazione di unificazione di operatori economici differenti e con loro di lavoratori impiegati in ambito totalmente differente: dai lavori pubblici, alle pulizie, dalla compravendita di beni, alle manutenzioni impiantistiche.

È in questo quadro, con questo intento e per questi fini che si è esaminato il nuovo testo legislativo e si è giunti a comprendere che le modifiche che esso apporta alla disciplina attualmente vigente sono di notevole rilievo.

In questo contesto si inseriscono le nostre proposte e le nostre riflessioni e le nostre proposte.

PROPOSTE

- 1. SULLA QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI IN GENERALE;**
- 2. SULL'AVVALIMENTO;**
- 3. SUI CAPITOLATI;**
- 4. SUL DURC;**
- 5. SUGLI ASPETTI SOCIALI DI SCELTA DEGLI OPERATORI;**
- 6. SULLE FORMULE CONTRATTUALI DIFFERENTI DALL'APPALTO;**
- 7. SULLA SICUREZZA**

1.

SULLA QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI IN GENERALE

L'aspetto della qualificazione che dovrà essere riformulato dal nuovo regolamento in sostituzione del d.p.r. 34/00 ss.mm.ii., attualmente vigente in quanto compatibile con il dettato del Codice, è un punto di centrale importanza per consentire l'accesso al mercato dei lavori pubblici solo da parte di operatori economici, oltre che tecnicamente capaci ed economicamente stabili, anche "socialmente" corretti, nei confronti dei lavoratori impiegati.

PERTANTO, SULLA QUALIFICAZIONE IN GENERALE SI PROPONE:

- 1. che la certificazione SOA renda noto alle amministrazioni con distinzione ben precisa i requisiti economici e finanziari, i requisiti di strumenti e di attrezzature, e i requisiti di personale, distinto in dirigenziale, tecnico ed operaio. Tale distinzione è utile sia ai fini dell'avvalimento (su cui si dirà oltre), sia ai fini dell'attuazione dell'art. 40, c. 9 del Codice, il quale prevede la possibilità di sindacato della stazione appaltante sulla attestazione.**
- 2. che le considerazioni di cui al punto 1 abbiano applicazione anche per il contraente generale;**
- 3. introdurre norme che incoraggino la mano d'opera interna all'impresa, rappresentando così un incentivo anche alla regolarizzazione dei dipendenti.**

Ipotesi di norma

All'articolo 2 del decreto legislativo correttivo ed integrativo del d.lgs. 163/06, si aggiungono, al comma 1, n. 1):

c) la lett. d) è sostituita dalla seguente: *“d) la struttura ed articolazione, anche mediante uno schema tipo, del documento riportante l'attestazione rilasciata dalla SOA, il quale deve essere diviso in quattro parti: parte I requisiti di ordine generale in conformità all'articolo 38; parte II requisiti economico-finanziari; parte III requisiti tecnico-organizzativi; parte IV requisiti di personale.*

La parte IV è a sua volta divisa in tre sezioni:

- 1. organico presente al momento del rilascio dell'attestazione, diviso per dirigenti, tecnici, operai;*
- 2. organico medio annuo degli ultimi tre anni, diviso per dirigenti, tecnici, operai;*
- 3. regolarità contributiva e contrattuale .*

d) dopo la lettera d) si inserisce la seguente lettera: *“d)bis un incentivo per gli operatori, consistente nell'incremento figurativo della cifra di affari di cui alla parte II dell'attestazione SOA mediante una proporzione lineare in relazione al costo del personale operaio dipendente, se tale costo supera il 6% della cifra di affari in lavori e fino ad un massimo di incremento della cifra di affari del 100% in caso di dimostrazione del costo operaio eguale al 30% della cifra di affari in lavori effettivamente realizzati.*

(Si propone di inserire tale norma anche in riferimento al sistema di qualificazione del contraente generale).

All'articolo 2 del decreto legislativo correttivo ed integrativo del d.lgs. 163/06, si aggiunga, al comma 1, il numero 6) bis: "all'art. 189, si aggiunga: al comma 1, la seguente lettera "d) adeguato organico operativo", nonché dopo il comma 4 il comma "4 bis. L'adeguato organico operativo è dimostrato dalla presenza di dipendenti con qualifica operaia(sul punto è necessario un confronto tecnico).

3. la verifica della veridicità delle attestazioni: si propone di introdurre una norma che stabilisca l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di verificare l'effettivo possesso dei requisiti attestati dalla SOA per l'impresa vincitrice dell'appalto per tutti gli appalti di importo superiore a 1 milione di euro e la possibilità di verifica per importi inferiori. Questo al fine di scongiurare e disincentivare le possibili attività elusive delle normative in materia di qualificazione degli operatori.

Ipotesi di norma

All'articolo 2 del decreto legislativo correttivo ed integrativo del d.lgs. 163/06, si aggiunga, al comma 1, il numero 1) bis:

"all'art. 48, è aggiunto, dopo il comma 1, il seguente comma: "1 bis. Per gli appalti e le concessioni il cui importo posto a base di gara sia superiore aeuro, la stazione appaltante, in sede di verifica di requisiti di partecipazione del concorrente, verifica con propri accertamenti il possesso dei requisiti di qualificazione già attestati dalla SOA per l'emissione dell'attestazione.

Per gli appalti e le concessioni il cui importo posto a base di gara sia inferiore o uguale a euro, la stazione appaltante ha la facoltà di compiere la verifica di cui al periodo precedente.

La SOA che ha rilasciato l'attestazione deve collaborare in ogni modo con la stazione appaltante, ponendo in essere ogni richiesta a proprie spese".

2.

SULL'AVVALIMENTO

L'avvalimento è aspetto della qualificazione che merita un esame autonomo e che giustifica anche alcune ipotesi prospettate in sede di analisi della qualificazione in generale.

L'avvalimento, ossia quel meccanismo attraverso il quale un soggetto si serve, **in sede di gara o in sede di qualificazione**, requisiti altrui. Tale istituto, che ha origine nella giurisprudenza comunitaria, si inserisce nel complesso panorama delle trasformazioni all'assetto del sistema produttivo, sempre più caratterizzato da fenomeni di smaterializzazione dei processi e di esternalizzazione di fasi dell'attività di impresa.

Il nostro ordinamento interno non ha certo la possibilità di bloccare tale istituto, ma ha il compito di regolamentarlo. Si sottolinea come l'ordinamento comunitario non identifichi l'avvalimento in modo esplicito, ma lo consideri una sub specie delle forme di dimostrazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi per partecipare alle gare pubbliche. In quell'alveo andrà quindi regolamentato.

Gli attuali artt. 49 e 50 del codice dovranno necessariamente trovare disciplina di dettaglio nel regolamento, ed in particolare in quella parte dello stesso che andrà a regolamentare la qualificazione, sostituendo il dpr 34/00.

Tutti i meccanismi di avvalimento, siano essi in sede di gara o in sede di qualificazione, devono essere dimostrati con **contratti, stipulati tra l'imprenditore avvalso e l'imprenditore ausiliario, i quali potranno incidere sia sugli elementi economici, sia sugli elementi di disponibilità di attrezzature, sia sulla sfera giuridica dei lavoratori impiegati dall'uno e dall'altro contraente.**

Non si può, quindi, parlare di "avvalimento", ma di "avvalimenti". E' pertanto necessario tenere distinto l'avvalimento che si applica alle risorse finanziarie, a risorse strumentali od a personale di terzi.

L'attuale regime dell'attestazione SOA certifica le tre cose in modo non distinto. Così non potrà essere in futuro. L'avvalimento impone una distinzione: è per questo motivo che si ritiene che il regolamento debba specificare, con norme applicative e di dettaglio, i limiti entro i quali i contratti, attraverso i quali si esplicheranno gli accordi di avvalimento, potranno riguardare i lavoratori, anche al fine di armonizzare tale nuova disciplina con quella in materia di somministrazione illecita di manodopera. **Non dimentichiamo che il decreto legislativo 276/03, ossia la legge Biagi, in materia di occupazione e mercato del lavoro, dovrà essere coordinato con questi nuovi istituti.**

Questo anche alla luce dell'innovativa regolamentazione contenuta nell'art. 40, c. 9 del codice "*le attestazioni rilasciate dalle soa devono indicare espressamente le referenze che hanno permesso il rilascio dell'attestazione e i dati da esse risultino non possono essere contestati immotivatamente*", che recepisce l'art. 52, parr. 2, 3 e 4 della direttiva 18/2004, dove si prescrive come i certificati, come quello soa, debbano indicare le referenze che hanno permesso l'iscrizione e che tale certificazione sia solo una **presunzione di idoneità** e possa essere contestabile.

PERTANTO, SULL'AVVALIMENTO SI PROPONE:

1. la limitazione delle tipologie di contratti che consentono l'avvalimento di personale altrui, che non potranno che essere quelli consentiti dall'attuale normativa sul lavoro, con i limiti in essa previsti: affitto di ramo d'azienda, distacco etc. Tutto ciò in relazione anche alla regolamentazione di completamento dell'art. 49, c. 7 del Codice, che prevede la possibilità di avvalimento solo per aspetti economici o solo per aspetti tecnici ed in modo limitato.

Ipotesi di norma:

All'articolo 2 del decreto legislativo correttivo ed integrativo del d.lgs. 163/06, si aggiunga, al comma 1, il n. 1) ter: "all'art. 49, c. 7 sono aggiunte le seguenti parole: " *Il bando di gara deve prevedere che il concorrente possa avvalersi del requisito di personale, solo alle condizioni e con i limiti previsti dalla vigente normativa in materia di lavoro; il bando indica la misura o percentuale di avvilimento del requisito di personale*"

3. SUI CAPITOLATI

Un altro aspetto riguarda il capitolato generale di appalto. Il decreto ministeriale 145/00, che riguarda i lavori pubblici, non è tra le norme abrogate dal codice dei contratti, ma quest'ultimo prevede, all'art. 5, che le stazioni appaltanti possano adottare propri capitolati generali, contenti le generalità dei propri contratti.

L'attuale capitolato generale reca disposizioni che sono il risultato di importanti conquiste per tutti i lavoratori del settore: su tutte, l'art. 7 comma 2, in materia di ritenute di garanzia per l'assolvimento degli obblighi in tema di contribuzione previdenziale e l'art. 13, che riguarda il pagamento delle retribuzioni dovute ai dipendenti dell'appaltatore.

Tali aspetti non potranno essere lasciati alla libera disponibilità della regolamentazione di ogni amministrazione in sede di redazione del capitolato. Il regolamento attuativo del codice deve assumere e fare proprie le attuali norme a tutela del lavoro contenute nel d.m. 145/00.

PERTANTO, IN MATERIA DI CAPITOLATI SI PROPONE CHE:

1. l'art. 7 e l'art. 13 del d.m. 145/00 siano trasfusi e inclusi nel regolamento di attuazione del codice, prevedendo anche adeguamenti agli stessi.

Ipotesi di norma

All'articolo 2 del decreto legislativo correttivo ed integrativo del d.lgs. 163/06, si aggiungono, al comma 1, n. 1) si aggiunga:

e) *“si aggiunga la seguente lettera: “i) la previsione di norme ora contenute nel d.m. 145/00 ss.mm.ii., che devono restare di portata generale, come l'art. 7 e l'art. 13. In tale sede il regolamento specifica che per gli esecutori che dimostrino di aver osservato le norme e le prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori in modo continuativo negli ultimi due anni antecedenti alla data di aggiudicazione definitiva del contratto la stazione appaltante non compie la ritenuta di garanzia e richiede idonea fideiussione in sostituzione. Per gli esecutori che dimostrino di aver osservato le norme e le prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori in modo continuativo negli ultimi quattro anni antecedenti alla data di aggiudicazione definitiva del contratto la stazione appaltante effettua un anticipo, del 5% dell'importo da liquidare, in corrispondenza di ogni avanzamento dei lavori”.*

4. SUL DURC

Restando in tema di contribuzione previdenziale, è interessante soffermarsi sulla normativa in tema di DURC. Questo anche alla luce del fatto che il DURC è in linea con le direttive comunitarie, ed in specifico con l'art. 52, par. 4 della direttiva 18/2004.

Questo importante strumento, che nasce per favorire la dimostrazione della regolarità contributiva del contraente, non è stato modificato dal nuovo codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, è necessario che le norme che prevedono la presentazione del DURC da parte delle imprese, siano armonizzate con le novità in materia di procedimenti di affidamento e di controllo sugli atti, di cui agli articoli 11 e 12 del decreto legislativo 163/2006, nonché con l'art. 48 del medesimo, che regolamenterà la verifica a campione.

È, inoltre, necessario che si specifichi come applicare il DURC ai settori ei servizi e delle forniture.

Tutti argomenti, questi, che noi riteniamo tocchi al regolamento affrontare.

PERTANTO, IN MATERIA DI DURC SI PROPONE CHE:

1. il regolamento sia la sede dove si prevede in modo specifico quando va richiesto il DURC, in ogni fase della procedura ad evidenza pubblica e di esecuzione del contratto, in ambito di lavori, servizi e forniture.

Ipotesi di norma:

All'articolo 2 del decreto legislativo correttivo ed integrativo del d.lgs. 163/06, si aggiungono, al comma 1, n. 1) si aggiunga:

f) *“si aggiunga le seguente lettera: “1) i momenti e le modalità di richiesta della stazione appaltante e del contraente del DURC ai soggetti competenti per l'emissione dello stesso. In sede di esecuzione dei lavori il DURC deve essere presentato ad ogni stato di avanzamento dei lavori, a saldo finale e comunque ogni tre mesi”.*

5.

SUGLI ASPETTI SOCIALI DI SCELTA DEGLI OPERATORI

L'attenzione va posta anche su un altro aspetto, già sollevato dalla Commissione Europea nella comunicazione n. 566/2001, relativa all'integrazione di aspetti sociali negli appalti pubblici.

Il codice dei contratti pubblici ha recepito nel nostro ordinamento, all'art. 2, un principio importante: quello in base al quale **il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti imposti dalla normativa vigente, a criteri ispirati ad esigenze sociali** e di tutela dell'ambiente, se questi sono stati inseriti nei bandi di gara.

Ciò apre importanti prospettive affinché un mercato vasto, come quello delle commesse pubbliche, divenga anche uno strumento per il perseguimento di obiettivi di integrazione sociale e di tutela dei diritti.

In particolare, uno dei meccanismi di tutela dei diritti è oggi rappresentato dalla verifica, in sede di determinazione dell'anomalia dell'offerta, dei trattamenti retributivi corrisposti ai lavoratori. Tale verifica avrà, nel futuro, un'applicazione assai ampia, in ragione dell'abrogazione del meccanismo dell'esclusione automatica negli appalti sotto soglia comunitaria. Sarà, dunque, necessario estendere meccanismi analoghi a quelle previsto dalla legge Salvi, oggi trasfusa nell'art. 87 del nuovo codice, che consentano di impedire che i ribassi effettuati sugli importi a base di gara si traducano in ingiuste riduzioni delle garanzie ai lavoratori o, peggio, in impiego di lavoro irregolare.

Il meccanismo fino ad oggi pensato non è stato fonte di reale applicazione e non ha saputo raggiungere fini efficaci ed efficienti. Per questo motivo si propone una valutazione della congruità delle offerta, per quanto attiene alla sfera della tutela della previdenza e retribuzione dei lavoratori, strutturata su di una attestazione unificata sulla base del rapporto lavori svolti-personale impiegato.

In aggiunta, tra i pesi dell'offerta economicamente più vantaggiosa possono essere previsti parametri riguardanti la tutela dei lavoratori, i salari pagati e altre ipotesi simili.

PERTANTO, IN MATERIA DI ASPETTI SOCIALI SI PROPONE CHE:

- 1. il regolamento tocchi l'aspetto "anomalia dell'offerta-congruità previdenza e retribuzioni";**
- 2. il regolamento tocchi l'aspetto "offerta economicamente più vantaggiosa-tutela del lavoro";**

Ipotesi di norma

All'articolo 2 del decreto legislativo correttivo ed integrativo del d.lgs. 163/06, si aggiungono, al comma 1, n. 1) si aggiunga:

“g) si aggiunga le seguente lettera: “m) **la creazione di una parametro di congruità contributiva, retributiva e contrattuale da valutare da parte delle stazioni appaltanti in sede di anomalia dell'offerta, attestata da Inps, Inail e Cassa edile, sulla base di un parametro lavori svolti-costi del personale impiegato**”;

“h) si aggiunga la seguente lettera: “n) **la possibilità per la stazione appaltante di prevedere tra i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa aspetti di tutela dei lavoratori**”

6.

SULLE FORMULE CONTRATTUALI DIFFERENTI DALL'APPALTO

Per quanto riguarda l'utilizzo di forme contrattuali diverse dall'appalto, è da sottolineare come esse pongano all'attenzione problematicità del tutto peculiari, sulle quali è necessario soffermarsi.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al contratto di concessione, e a come esso consenta ad un concessionario, che può essere mero gestore dell'opera realizzata, di operare la scelta del soggetto costruttore della stessa. Noi riteniamo sia fondamentale che il concessionario, nell'individuare il soggetto che realizzerà l'opera, **sia soggetto a forme di controllo che garantiscano, oltre alla tutela della concorrenza, anche il rispetto delle norme a tutela dei lavoratori.**

Inoltre, sui lavori relativi alle infrastrutture strategiche ed agli insediamenti produttivi, il codice dei contratti pubblici ha integralmente recepito il contenuto della Legge Obbiettivo, nel perseguimento della semplificazione e dell'accorpamento di tutte le disposizioni in materia di contratti pubblici in un unico corpus normativo. È, tuttavia, da rilevare come l'argomento dell'affidamento a contraente generale, per le particolarità che ne permeano la disciplina e per l'ampiezza delle deroghe che introduce alla normativa applicabile agli altri contratti pubblici, richiederebbe, si ritiene, la collocazione in un provvedimento separato.

7.

SULLA SICUREZZA

Pare opportuno, un cenno in materia di sicurezza sul lavoro. L'art. 131 del decreto legislativo 163/2006 dispone che sia modificato il dpr 222/03, in materia di piani di sicurezza nei cantieri.

Tale argomento incrocia fortemente il tema della tutela dei diritti dei lavoratori, ed è per questo che noi intendiamo sollecitare un dialogo, ispirato alla cooperazione tra le parti sociali, affinché le modifiche alla normativa citata siano il risultato di un percorso di condivisione.

Le modifiche al 222/03 dovranno essere valutate in modo congiunto con le parti sociali.