

Messaggio

numero
6538

data
28 settembre 2011

Dipartimento
TERRITORIO

Concerne

Rapporto del Consiglio di Stato sulla mozione 30 maggio 2011 presentata da Saverio Lurati "Adeguamento della LCPubb e del CIAP in modo da combattere preventivamente e alla radice le nuove pratiche penalmente perseguibili in auge nel settore edile"

Signor Presidente,
signore e signori deputati,

con il presente messaggio sottoponiamo alla vostra attenzione le considerazioni di questo Consiglio alla mozione presentata dal deputato Saverio Lurati.

Il mozionante formula le seguenti tre richieste:

- rafforzare e formare gli apparati amministrativi della logistica e del settore degli appalti pubblici affinché vi sia un nucleo sufficientemente flessibile per poter intervenire puntualmente sulla problematica dei subappalti;
- costituire un gruppo di lavoro, comprendente tutte le parti interessate, che in tempi brevi affronti la problematica e proponga al legislatore le modifiche da apportare alle leggi in oggetto;
- aumentare la vigilanza sui comuni e su tutti gli enti assoggettati alle due leggi affinché siano costantemente adempiuti.

I. BASI LEGALI

1. La Legge federale sul mercato interno

La LMI ha quali scopi quello di rafforzare la competitività e la coesione economica dell'economia svizzera (art. 1 cpv. 2 lett. c) e d)). Questa legge protegge inoltre il principio del libero accesso al mercato ed enumera in modo esaustivo le eccezioni di restrizione di tale principio all'art. 3.

Sono da considerare nel nostro caso in particolare le restrizioni del libero accesso al mercato agli offerenti esterni soltanto se non sono trattati nella stessa misura agli offerenti locali, se non sussiste un interesse pubblico preponderante e non sono conformi al principio di proporzionalità.

2. La Legge cantonale sulle commesse pubbliche

I Cantoni devono attenersi alla Legge federale in base all'art. 5 LMI, pertanto il Cantone Ticino ha emanato la LCPubb, il cui obiettivo principale è quello di permettere all'ente pubblico di beneficiare del gioco della libera concorrenza così da ottenere nei propri acquisti l'offerta più vantaggiosa. Di conseguenza la legge definisce come assicurare una

concorrenza efficace, garantire la trasparenza nell' ambito delle procedure, tutelare la parità di trattamento ed assicurare l'imparzialità nelle procedure di aggiudicazione, e permettere un uso parsimonioso delle pubbliche risorse.

(Vinicio Malfanti, Principali novità introdotte dalla Legge sulle commesse pubbliche, RDAT I/2001 p. 439 e seguenti).

3. Il Concordato intercantonale sugli appalti pubblici

Da tenere conto è anche il CIAP, che si applica con la LCPubb il cui scopo è quello di impedire gli intralci agli scambi tra Cantoni, nel rispetto della reciprocità, realizzando quindi un efficace mercato interno e provvedere alla trasposizione uniforme nel diritto cantonale degli Accordi internazionali.

(Vinicio Malfanti, Influenza dell'accordo intercantonale sugli appalti pubblici, RDAT I/1996 p. 245 e seguenti).

II. COMMESSE EDILI

L'art. 4 LCPubb definisce commessa edile un contratto a titolo oneroso tra committente e offerente in merito all'esecuzione di opere di edilizia o genio civile.

La commessa di fornitura diverge dalla commessa edile in quanto è in merito all'acquisto di beni mobili, segnatamente mediante compravendita, leasing, locazione, affitto o nolo-vendita.

Una commessa che non rientra in queste due categorie sopra citate concerne allora una commessa di servizio.

L'attuale art. 24 LCPubb vieta in generale il subappalto, eccezione fatta se previsto espressamente negli atti di gara e rispettando i principi espressi all'art. 5 della stessa legge, e in particolare la lettera c). L'offerente deve poter garantire, anche per i subappalti che vuole istituire, l'adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali, verso il pagamento delle imposte e del riversamento delle imposte alla fonte, il rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei lavoratori e dei CCL vigenti nei Cantoni per categorie di arti e mestieri o eventualmente di CNM.

Nelle commesse, in particolare in quelle edili, sorge spesso il problema relativo ai contratti di subappalto. Si definisce subappalto quando l'appaltatore delega a nome suo e a spese sue l'esecuzione delle opere che egli dovrebbe effettuare per conto del committente, ad una terza persona, stipulando con la medesima un contratto d'appalto. Ci vuole quindi l'esistenza di un appalto, per il quale il diritto civile dà una definizione all'art. 363 CO che precisa si tratti di un contratto per cui l'appaltatore si obbliga a compiere un'opera ed il committente a pagare una mercede.

Il bando di concorso deve contenere tutti gli elementi atti a permettere a ogni singolo concorrente la stesura di un'offerta valida che tenga conto delle caratteristiche del lavoro o dell'opera messa in appalto (art. 15 LCPubb).

Per costante giurisprudenza il bando di concorso è definito come un atto amministrativo, un quadro procedurale predisposto dalla legge ai fini dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, che comprende dunque l'avviso di concorso e il capitolato. Questi sono qualificati come *lex specialis* in rapporto alle altre leggi.

Sta dunque al committente di decidere se prevedere o meno la possibilità di subappalto all'inizio della procedura del pubblico concorso, gli offerenti poi dovranno adeguarsi alle condizioni emanate. Il subappalto è però limitato a lavori speciali o di importanza secondaria, dato che in principio una sola ditta, quella aggiudicata, si occupa del lavoro determinato (STA 52.2011.92 del 29.3.2011).

Se previsto nell'atto di gara, il Regolamento (RLCPubb/CIAP) precisa all'art. 36 le condizioni richieste per fondare un subappalto.

Situazione che si avvicina a quella del subappalto, nella misura in cui è un'eccezione dell'art. 37 cpv. 1 RLCPubb secondo cui il concorrente deve eseguire la commessa completa in proprio. Se rispettate le condizioni cumulative enumerate ai capoversi seguenti del medesimo articolo, il committente autorizza la presenza di personale di un'altra ditta rispetto a quella aggiudicataria. Queste condizioni riprendono essenzialmente i principi dell'art. 5 LCPubb da rispettare nell'aggiudicazione della commessa pubblica. Oltre alle condizioni espresse, la giurisprudenza afferma che bisogna anche rispettare le regole della buona fede e la parità di trattamento tra concorrenti.

III. IL PROCESSO DI AGGIUDICAZIONE E L'INCENTIVO DEI SUBAPPALTI

Il committente aggiudica la commessa secondo i criteri della miglior offerta quali il termine, la qualità, il servizio clientela, l'adeguatezza della prestazione, l'estetica, la compatibilità ambientale, il valore tecnico, ma principalmente l'economicità e il costo di servizio. Se un offerente non rispetta i requisiti del bando di concorso il committente ha il diritto di escluderlo in base all'art. 38 RLCPubb e 25 LCPubb.

Il principale controllo della correttezza della procedura d'appalto è demandato all'autorità di ricorso, nel nostro Cantone il Tribunale cantonale amministrativo. Il Consiglio di Stato secondo gli art. 46 LCPubb e 61 RLCPubb funge per contro da autorità di vigilanza il cui potere di controllo è sussidiario per rapporto a quello svolto dell'autorità giudiziaria.

IV. STATO ATTUALE

Attualmente il subappalto è ammesso solamente se espressamente previsto nell'atto di gara. Se non è regolamentato è escluso in base all'art. 25 LCPubb e 38 RLCPubb.

Analogamente, il prestito di manodopera è concesso unicamente se sono rispettate le condizioni dell'art. 37 RLCPubb.

Esso è ammesso a condizione che ogni subappaltatore rispetti le condizioni enumerate all'art. 36 RLCPubb, ossia che i subappaltatori che collaboreranno con l'offerente nell'esecuzione della commessa devono essere resi noti al momento della presentazione dell'offerta. Tutti i subappaltatori indicati nell'offerta dovranno rispettare i principi dell'art. 5 LCPubb. La lettera c) di tale articolo esige che gli offerenti (i subappaltanti) garantiscano l'adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali, del pagamento delle imposte e del riversamento delle imposte alla fonte, il rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei lavoratori e dei CCL vigenti nei Cantoni per categorie di arti e mestieri (dove essi non esistono fanno stato i CNM).

A tale principio ne sussegue il controllo conferito dall'art. 7 RLCPubb alle Commissioni paritetiche cantonali sul rispetto appunto delle disposizioni in materia di protezioni dei lavoratori e dei CCL. Questa disposizione conferisce pure alle Commissioni paritetiche cantonali le competenze di controllo sui cantieri e le abilita a sanzionare le violazioni delle disposizioni relative ai CCL.

Giusta l'art. 44 LCPubb l'assuntore deve assicurare in proprio la commessa aggiudicata. In particolare, in caso di cessione totale o parziale non autorizzata a terzi, il committente ha la facoltà di rescindere il contratto e chiedere il risarcimento dei danni. Per meglio dire, il ruolo del committente è limitato alla verifica di eventuali violazioni contrattuali. Visto il dovere di diligenza che incombe all'appaltatore, non si esclude la possibilità per la committenza di adottare sanzioni in caso di violazione della norma contrattuale che obbliga l'appaltatore ad annunciare e richiedere al committente l'autorizzazione per il cambio di subappalti. Oltre a ciò, in caso di gravi violazioni della LCPubb, l'art. 45

attribuisce al CdS la competenza di escludere il contravventore da ogni aggiudicazione per un periodo massimo di 5 anni. Nel nostro caso sono da considerare in particolare le lettere a) e b), ossia:

- a) la cessione parziale o totale del contratto senza l'accordo del committente
- b) il subappalto senza l'accordo del committente.

V. OGGETTO DELLA MOZIONE

Nella mozione in questione il mozionante critica le pratiche nel settore edile, "quali caporalato, taccheggio sistematico, abuso di lavoratori distaccati, di notifiche di breve durata e di lavoratori interinali" che pare stiano diventando sempre più frequenti. Egli aggiunge anche "l'uso e l'abuso del subappalto a ditte più o meno fantasma, a lavoratori distaccati da ditte con sede in Paesi esteri e assunzioni di breve durata tramite notifica on-line" e ancora "centinaia di lavoratori non correttamente retribuiti, o retribuiti in modo fasullo o solo parzialmente con pratiche di taccheggio o di riappropriazione di una parte del salario al loro rientro nel Paese di residenza". Tutti questi fattori provocando il dumping salariale.

VI. CONCLUSIONE

Visto quanto sopra descritto, in particolare al capitolo IV, si ritiene che già attualmente la LCPubb e il relativo Regolamento di applicazione permettano, se correttamente applicati, di porre soluzione ai quesiti posti dal mozionante.

Si sottolinea inoltre che, con il Messaggio no 6455 dell'8 febbraio 2011, questo Consiglio ha chiesto l'inasprimento delle sanzioni previste all'art. 45 LCPubb, rafforzando ulteriormente l'apparato sanzionatorio previsto dai disposti di Legge.

Vogliate gradire, signor Presidente, signore e signori deputati, l'espressione della nostra massima stima.

Per il Consiglio di Stato:

La Presidente, L. Sadis

Il Cancelliere, G. Gianella

Annessa: Mozione 30.05.2011

MOZIONE

Adeguamento della LCPubb e del CIAP in modo da combattere preventivamente e alla radice le nuove pratiche penalmente perseguibili in auge nel settore edile

del 30 maggio 2011

L'evoluzione in atto nel settore della costruzione e l'avvento di pratiche illecite nell'ambito del subappalto impongono al legislatore di adeguare la legge sulle commesse pubbliche (LCPubb) e il concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP), nonché i rispettivi regolamenti, inserendo normative più restrittive onde evitare che pratiche quali caporalato, taccheggio sistematico, abuso di lavoratori distaccati, di notifiche di breve durata e di lavoratori interinali possano assumere dimensioni inquietanti.

L'uso e l'abuso del subappalto a ditte più o meno fantasma, a lavoratori distaccati da ditte con sede in Paesi esteri e assunzioni di breve durata tramite notifica on-line stanno letteralmente esplodendo con conseguenze catastrofiche sia sulla manodopera direttamente implicata, sia su quella residente.

Centinaia di lavoratori non correttamente retribuiti, retribuiti in modo fasullo o retribuiti solo parzialmente con pratiche di taccheggio o di riappropriazione di una parte del salario al loro rientro nel Paese di residenza stanno ormai operando sui nostri cantieri. Questa situazione oltre che danneggiare i diretti interessati si configura come una pratica sistematica del dumping salariale (anche se di fatto statisticamente non riscontrabile sul medio periodo).

In considerazione di quanto sopra e di quanto contenuto negli allegati, invito il Consiglio di Stato a voler mettere in atto tutto quanto di sua competenza per:

- rafforzare e formare gli apparati amministrativi della logistica e del settore degli appalti pubblici affinché vi sia un nucleo sufficientemente flessibile per poter intervenire puntualmente sulla problematica dei subappalti;
- costituire un gruppo di lavoro, comprendente tutte le parti interessate, che in tempi brevi affronti la problematica e proponga al Legislatore le modifiche da apportare alle leggi in oggetto;
- aumentare la vigilanza sui comuni e su tutti gli enti assoggettati alle due leggi affinché siano costantemente adempienti.

Saverio Lurati