

## SENATO DELLA REPUBBLICA

### Commissione 8<sup>a</sup> (Lavori pubblici, comunicazioni)

#### Indagine conoscitiva sull' applicazione del Codice dei Contratti Pubblici

Roma 10 aprile 2019

ADERENTE A

CSIT – Confindustria Servizi  
Innovativi e Tecnologici

ASSISTAL è l'Associazione Imprenditoriale di Categoria, aderente a Confindustria, che rappresenta le imprese specializzate nella progettazione, fornitura, installazione, gestione e manutenzione di impianti tecnologici, fornitura di Servizi di Efficienza Energetica (ESCo) e Facility Management. Ad essa aderiscono circa 1.200 imprese, con un fatturato medio annuo di circa 13 miliardi di euro, con circa 60.000 dipendenti. Le imprese aderenti rappresentano oltre il 50% del mercato delle costruzioni e manutenzioni degli impianti tecnologici, nonché il 75% dell'offerta di Facility Management (servizi integrati agli edifici ed alle infrastrutture) ed il 90% della domanda pubblica di servizi energetici;

L'Associazione è firmataria con FIM, FIOM e UILM, del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per l'Industria Metalmeccanica e della Installazione di Impianti.

ASSISTAL è da oltre un ventennio interlocutore in tema di appalti con ANAC, Ministero delle Infrastrutture, le Commissioni Parlamentari competenti, la DAGL presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il tutto anche attraverso la partecipazione diretta a Gruppi di Lavoro.

\* \* \* \* \*

#### **Soft Law e necessità di adottare un nuovo Regolamento di Attuazione del Codice dei Contratti Pubblici**

**ASSISTAL** ritiene necessario adottare un regolamento di attuazione, in luogo della cd. *Soft law*, tradottasi – stante l'attuale

legislazione - nella definizione di Linee Guida da parte di ANAC, che molta confusione hanno creato in sede di interpretazione.

La certezza del diritto è un principio quanto mai necessario in un settore delicato come quello dei contratti pubblici.

In tal senso ASSISTAL concorda sulla previsione ad oggi inserita nel DDL n. 1162 – Senato - e relativa alla adozione di un regolamento di Attuazione del Codice, che detti la disciplina esecutiva dell'intero ciclo dell'appalto, quali la progettazione, il sistema di qualificazione dei contraenti, l'esecuzione e il collaudo.

### **Subappalto**

L'attuale formulazione dell'art. 105 del vigente Codice dei Contratti è ritenuta da ASSISTAL "strategica", nel senso che rappresenta perfettamente il principio di pari dignità tra operatori (favorendo ASSOCIAZIONI TEMPORANEE di IMPRESA - ATI - piuttosto che subappalti selvaggi) nonché un concreto presupposto di crescita di un comparto importante, quale quello della costruzione, manutenzione e gestione di impianti tecnologici, ancora oggi troppo parcellizzato.

Il principio di limitazione del subappalto, ad oggi al 30% dell'importo del contratto, ha rappresentato una vera e propria innovazione positiva della normativa (da fine 800 ad oggi), e non possiamo pertanto esimerci dal difendere l'attuale formulazione con tutte le nostre energie.

Questo il motivo per cui non è condivisibile neppure una eventuale proposta di modifica in subordine – come da qualche parte indicata -, vale a dire che il limite del 30% si applichi esclusivamente alla categoria prevalente, così consentendo il subappalto del 100% di tutte le categorie non prevalenti: un *deja vu* che tanti problemi ha già creato nel passato.

È, d'altro canto, da tempo nota la vicenda circa il paventato contrasto della normativa nazionale, in tema di subappalto, con quella comunitaria ed in ultimo il minacciato procedimento di infrazione da parte della Comunità Europea; ma a ben guardare la contestazione mossa non è fondata, poiché non tiene conto delle realtà nazionali e degli interessi superiori – di ordine pubblico – che l'apposto limite al subappalto tende a tutelare.

ASSITAL già in passato – ed anche recentemente -, ha controdedotto sul punto, sia presso la Commissione Europea sia verso le competenti Istituzioni nazionali (Presidenza del Consiglio, MIT, ANAC, etc), proprio a difesa dell'attuale formulazione, anche in considerazione del malaffare che da sempre si cela dietro i subappalti, anche favoriti da una generalizzata scarsa attenzione delle Stazioni Appaltanti ad attivare i dovuti controlli in sede di esecuzione.

È bene *in primis* ribadire che il depotenziamento della soglia del 30% del contratto nulla ha a che vedere con il rilancio del comparto e l'agevolazione della crescita economica, ma costituisce, come detto, solo una facilitazione alle infiltrazioni mafiose, oltre che un modo certo di abbattere la qualità delle opere.

La limitazione al subappalto (che non equivale a divieto), nel caso della legislazione italiana, nasce dall'esigenza di bilanciare la libertà di organizzazione delle imprese (a prescindere dalla loro dimensione), con quella di fronteggiare le **infiltrazioni della criminalità organizzata** che, nel nostro Paese, è fenomeno assai diffuso nell'ambito dei contratti di subappalto.

Non a caso, infatti, in Italia il limite del 30% al subappalto è stato introdotto per la prima volta con la **legislazione antimafia**; nello specifico, dall'art. 18 della legge 10 marzo 1990, n. 55, intitolata "**Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale**".

Autorevole giurisprudenza ha rilevato come le previsioni della legge n. 55/1990 – e con essa, l'art. 18 sopra menzionato –

costituiscono **norme** volte a tutelare l'**ordine pubblico** e, come tali, in alcun modo sono derogabili. Così, ad esempio, la Corte Costituzionale ha affermato che la predetta normativa *“si inserisce nel filone della cosiddetta **legislazione antimafia e persegue essenzialmente (...) finalità ed interessi nazionali connessi a valori costituzionali di rilevanza primaria, in quanto strettamente collegati alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica**”* (Corte Cost. 23 aprile – 5 maggio 1993, n. 218).

Tali principi sono stati condivisi anche dal massimo organo di giustizia amministrativa, sia in sede giurisdizionale (*ex multis*, Consiglio di Stato Sez. IV 24 marzo 2010, n. 1713 e n.1721) sia, più recentemente, in sede consultiva (parere n. 782 del 30 marzo 2017, reso sullo schema di decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, poi approvato con il D.Lgs n. 56/2017).

In altre parole, il limite al subappalto previsto dalla legislazione italiana ha una finalità di “ordine pubblico”, sottesa a garantire valori costituzionali di rilevanza primaria, collegati alla “sicurezza nazionale”. L'efficacia di tale previsione spiega il motivo per il quale la previsione dell'art. 18 della richiamata legge n. 55/1990 è stata confermata nella legislazione successiva: art. 34 della legge n. 109/1994; art. 118 del D.lgs n. 163/2006 e, in ultimo, dall'art. 105 del D.Lgs. 50/2016.

Le considerazioni che precedono consentono, inoltre, di evidenziare come il “caso Italia” sia del tutto diverso dal “caso Polonia”, ossia da quello esaminato nella pronuncia della Corte di Giustizia Europea, nella richiamata pronuncia del 14 luglio 2016, causa C-406/14 (caso «Wroclaw»).

Il caso esaminato dal Consiglio di giustizia europea, infatti, aveva ad oggetto la previsione di un “**capitolato di oneri**” di una stazione appaltante polacca che prevedeva un limite alla possibilità del subappalto. Ebbene, i Giudici europei hanno affermato che *“la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo (...) deve essere interpretata nel senso che **un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre**, mediante una clausola del capitolato d'oneri di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua*

*una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie”.*

Secondo la Corte di Giustizia Europea, dunque, non rientra nella discrezionalità di una stazione appaltante imporre ai concorrenti limiti oltre i quali essi non possono subappaltare i contratti pubblici.

È evidente, dunque, che il caso «Wroclaw» nulla ha a che vedere con il “caso Italia”; nel primo, come detto, la previsione di un limite al subappalto era espressione di una scelta discrezionale di un’amministrazione aggiudicatrice; nel secondo, è frutto di una valutazione del Parlamento italiano, sottesa a fronteggiare infiltrazioni mafiose nei subappalti e, quindi, a garantire la “sicurezza nazionale”.

Per le medesime considerazioni, la stessa normativa “antimafia”, che ha introdotto, nel nostro Paese, il divieto di subappalto, ha stabilito, il divieto del cosiddetto “subappalto a cascata” (art. 18, comma 10 della menzionata legge n. 55/1990).

Alla luce di quanto precede, ASSISTAL ritiene che sussistano valide ragioni per confermare la previsione di un limite alla possibilità di subappalto, così come prevista dall’art. 105. D’altra parte, non vi è chi non veda come la diffusa presenza di imprese “mafiose”, oltre a dover essere contrastata per evidenti ragioni di ordine pubblico, finisce per penalizzare le imprese “virtuose”, a discapito di una sana e leale concorrenza.

\* \* \*

Per altro verso, ASSISTAL condivide la previsione, presente nello schema di Decreto Legge recante “Disposizioni Urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici e misure per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali”, nel testo del 2 aprile u.s. (art. 1, comma 1, lett. u), punto 5)), circa l’abrogazione dell’obbligo, in sede di gara, di indicare una “terna” di subappaltatori. Tale previsione ha recato enormi disagi alle imprese concorrenti (si pensi alle complicazioni relative a gare con più lotti e più categorie di lavori, dove le cd. “terne” di fatto si moltiplicavano in termini esponenziali).

## **Offerta Economicamente più Vantaggiosa**

ASSISTAL ritiene necessario mantenere l'attuale previsione del Codice dei Contratti Pubblici circa il tetto massimo del 30% del punteggio da assegnare alla proposta economica nell'ambito della Offerta Economicamente più Vantaggiosa (OEPV). Al contrario, lasciare la piena discrezionalità alle stazioni appaltanti circa l'indicazione, in ogni singolo bando, di percentuali più o meno rilevanti rispetto al punteggio attribuibile all'offerta economica si traduce, nella stragrande maggioranza dei casi, nel tornare ad affidare gli appalti secondo il criterio del massimo ribasso.

Peraltro questo fenomeno è già oggi fortemente presente nelle gare aggiudicate con l'OEPV, poiché il punteggio tecnico (o meglio la proposta tecnica) si basa -di norma- sulla adozione, da parte delle Stazioni Committenti - di prestampati in cui il concorrente non deve far altro che "spuntare" caselle a domande multiple (ovvero dichiarare il possesso o meno di determinati requisiti), con il risultato che tutti i concorrenti ottengono, secondo tale singolare metodo, il massimo punteggio sull'offerta tecnica, con la ulteriore conseguenza che la competizione per l'aggiudicazione risulta esclusivamente sul punteggio ottenuto sul massimo ribasso, seppur valga solo il 30%.

Per cui se da un lato non va modificata la percentuale del 30%, dall'altro appare necessario intervenire sulla introduzione di una norma che qualifichi maggiormente l'offerta tecnica, in modo tale da consentire agli operatori di competere effettivamente sull'aspetto migliorativo tecnico, e non relegarli ad una mera compilazione di un prestampato che garantisce l'ottenimento indiscriminato, per tutti, del massimo punteggio.

## **Necessità di non modificare gli attuali motivi di esclusione dalle gare**

Il DL cd. “Sbloccacantieri” del 2 aprile scorso, sopra richiamato (e che da notizie ufficiose è in procinto di essere votato in aula), dispone all’art. 1, lett. m, n. 3, l’aggiunta, all’art. 80 del codice, di un nuovo periodo al comma 4, secondo cui: *“Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d’appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati”*.

In buona sostanza la norma introduce una nuova causa di esclusione - ad applicazione facoltativa, non automatica - per il caso di mancato pagamento di qualunque tassa, imposta, o contributo previdenziale anche se non definitivamente accertati, ampliando, di fatto, le cause di esclusione (a oggi limitate soltanto ai mancati pagamenti di tasse, imposte e contributi definitivamente accertati).

La suddetta previsione integra indiscutibilmente una norma contraria alla normativa comunitaria, che fonda le cause di esclusione soggettive su accertamenti giudiziari, peraltro con riferimento – esclusivamente - a decisioni “passate in giudicato”.

Peraltro tale previsione introduce un enorme – e non giustificato - potere discrezionale in capo al pubblico committente, che può decidere, a seconda dei casi e secondo proprie personali valutazioni (anche sempre diverse), quando escludere un operatore e quando ammetterlo. Tale previsione va cassata poiché in violazione del principio della *par condicio* tra concorrenti.

Inoltre va considerato il rilevante contenzioso che conseguirebbe alle esclusioni dalle gare operate secondo tal principio discrezionale.

## **Necessità di applicare i CCNL di settore**

Infine ASSISTAL ritiene necessario rafforzare il principio di applicazione dei Contratti Collettivi di Settore stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, principio già oggi presente nel Codice dei Contratti ma che, di fatto, risulta disapplicato.

A ciò appare necessario aggiungere la previsione di impossibilità di ribasso sul costo della mano d'opera in sede di gara (come già accade per i costi della sicurezza).

Ciò in quanto da tempo si osserva, in sede di gare pubbliche, il triste fenomeno della aggiudicazione con massimi ribassi che non giustificano neanche il costo del mero personale occupato sulla commessa.

Da un lato la scarsa capacità delle Stazioni Appaltanti di valutare l'anomalia dell'offerta anche sotto il profilo della congruità del costo del lavoro e dall'altro le inefficaci verifiche in cantiere circa la corretta applicazione delle regole contrattuali e legislative sul lavoro subordinato, determinano l'aggiudicazione delle gare a operatori che non rispettano le regole; quanto sopra a detrimento delle maestranze, delle imprese regolari – che non vincono – e della Stazione Appaltante che riceverà una controprestazione di sicura scarsa qualità.

IL PRESIDENTE  
Angelo Carlini



Sede di Milano  
Viale F. Restelli 3 – 20124 Milano  
presidenza@assistal.it

Sede di Roma  
Via Basento 37 – 00198 Roma  
roma@assistal.it  
Tel. 06853730