



CONFINDUSTRIA

Audizione di Confindustria
sullo schema di decreto legislativo
recante Codice dei contratti pubblici

Osservazioni in tema di
appalti pubblici di servizi e forniture

Commissione Ambiente
Senato della Repubblica

Audizione Parlamentare

31 gennaio 2023

PREMESSA E VALUTAZIONI GENERALI

In un quadro globale così complesso per gli scenari futuri, con un aumento incontrollato dei costi dell'energia e delle materie prime e una sfida *green* sempre più impattante per il nostro sistema industriale, **riteniamo che la strategia di *policy* contenuta nello schema di Codice dei contratti pubblici (di seguito CCP) debba essere basata su azioni efficaci, tempi certi di attuazione ed interventi incisivi per dare impulso agli investimenti, compresi quelli del PNRR.**

Trovandosi all'interno del quadro delle riforme richieste dal Next Generation UE, l'attuale riforma del Codice deve creare le condizioni per una **maggiore capacità di spesa delle risorse pubbliche**, ma anche una **capacità di investimento** tale da traguardare la transizione tecnologica, digitale e sostenibile del Paese.

In premessa, vogliamo esprimere apprezzamento per una scelta di fondo: far precedere l'articolazione degli istituti del nuovo Codice da un quadro di principi che, tra l'altro, dovrebbero indirizzarne l'applicazione; inoltre, in quel contesto, restituire al Codice la funzione di strumento per acquisire, sul mercato, beni e prestazioni, superando "eterogenesi" dettate da finalità come il contrasto all'illegalità o ai fenomeni corruttivi, in sé del tutto condivisibili, ma che non possono trovare soluzione nelle norme sugli appalti.

Nel merito, **riteniamo anzitutto opportuno evidenziare che gli appalti di servizi e forniture assumono, in questo contesto, un rilievo estremamente significativo nell'economia nazionale**, sia in ragione del loro valore economico, sia in considerazione del rilievo strategico per il funzionamento dell'amministrazione pubblica e della sua attività di prestazione anche a favore delle imprese.

Considerando che la riforma è da intendersi finalizzata a restituire alle disposizioni codicistiche semplicità e chiarezza di linguaggio, si ritiene necessario intervenire in questa sede perché i contratti pubblici riferiti ai servizi e alle forniture abbiano una propria specificità e un proprio riferimento nell'ordinamento e nei criteri di semplificazione.

Il CCP, su alcuni principali istituti, è ancora orientato verso il mondo dei lavori.

In questa direzione, sarebbe utile iniziare almeno un lavoro di separazione applicativa tra settori totalmente diversi tra loro i cui riflessi normativi possono essere molto diversi e addirittura creare in alcuni casi dei veri e propri "problemi applicativi".

Sarebbe, quindi, necessario almeno sui principali istituti dell'appalto, inserire una normativa di dettaglio per i servizi e le forniture in modo tale da perimetrare gli interventi in maniera precisa e puntuale.

Per questo, una legislazione *ad hoc* per gli appalti di servizi, da integrare nel Codice degli appalti, appare disattesa ma rimane un’istanza altamente auspicabile e necessaria.

Ciò premesso, il testo appare strutturato in modo chiaro e leggibile. È evidente che l'obiettivo perseguito sia stato di adeguare la disciplina dei contratti pubblici a quella del diritto europeo, ai principi espressi nel corso degli anni dalla giurisprudenza e soprattutto di ridare l'organicità e la sistematicità perdute a seguito delle continue modifiche introdotte.

È positivo che il nuovo Codice contenga molte norme “autoesecutive”, senza rinvii ad altri testi di legge: è un’impostazione molto positiva, che risponde a una delle osservazioni che avevamo fatto già in precedenza, chiedendo “disposizioni attuative immediate”.

L’abrogazione complessiva di 104 atti di secondo livello e l’integrazione negli allegati al testo del Codice di istruzioni operative (comprese le linee guida ANAC) vanno nella giusta direzione di semplificazione, chiarezza e completezza. Positiva anche la possibilità di modificare gli allegati tramite regolamento e non necessariamente tramite legge.

Solleva interesse la relazione agli articoli e agli allegati del Codice, un nuovo testo che punta a essere una sorta di libretto delle istruzioni a disposizione di tutti gli operatori, tramite una relazione con descrizione approfondita dei singoli articoli. La relazione, che dovrà inevitabilmente essere aggiornata in base alle future modifiche, dovrebbe svolgere una funzione di indirizzo attuativo in luogo delle linee guida ANAC.

Al contempo, sarebbe limitativo valutare l’efficacia del Codice solo sulla base della capacità dello stesso di accelerare le procedure per sbloccare gli investimenti pubblici: per rilanciare l’economia del nostro sistema-Paese, l’attenzione non può essere focalizzata esclusivamente sul “**quanto compro**”, ma anche e soprattutto sul “**cosa compro**”.

Il nuovo Codice dovrebbe mettere a punto un quadro di riferimento grazie al quale tutti gli attori economici siano messi nelle condizioni di sostenere la imprescindibile transizione digitale, tecnologica e sostenibile: sono questi i pilastri da cui dovrà necessariamente partire qualsiasi ragionamento e che dovranno guidare ed ispirare i principi e la disciplina del nuovo Codice dei contratti.

La transizione tecnologica e sostenibile impone acquisti ed investimenti oculati e lungimiranti e tarati sui fabbisogni di innovazione della PA.

La scelta del Codice di portare a regime le misure emergenziali introdotte negli ultimi anni in materia di affidamenti sottosoglia, che avevano l’obiettivo di imprimere un’accelerazione degli investimenti, al fine di garantire una rapida ripresa economica del Paese, non è pertanto condivisibile.

Tre sono i profili su cui occorre maggiormente puntare per garantire un'effettiva valorizzazione dell'elemento tecnologico ed innovativo dell'offerta e conseguentemente concorrere alla transizione digitale e sostenibile del Paese: la revisione dei prezzi, gli affidamenti sottosoglia ed i criteri di aggiudicazione, aspetti su cui torneremo nel seguito.

Infine, quattro profili di attenzione in merito al **percorso di revisione e attuazione della riforma degli appalti pubblici**:

- è necessario che le stazioni appaltanti e gli operatori economici **possano disporre di un sistema di norme completo e di immediata attuazione**. Nel momento in cui sarà varata la riforma, è auspicabile che tutti i provvedimenti che verranno inseriti nel nuovo Codice Appalti siano attuati con effetto immediato o con scadenze brevi e inderogabili. Il principale difetto dell'attuale D.Lgs. 50/2016 è che i principi più rilevanti non sono mai stati attuati (basti pensare alla qualificazione delle Stazioni Appaltanti, alla digitalizzazione delle procedure telematiche o al modello di governance). Questo ha impedito di valutare nel concreto l'efficacia delle misure introdotte;
- è auspicabile che **si preveda un periodo congruo di stabilità del quadro normativo degli appalti**. Come già sottolineato in passato da Confindustria, dal 2016 a oggi, sono intervenute 28 leggi di modifica dell'attuale Codice appalti, che hanno "introdotto aggiustamenti, sospensioni, deroghe, deroghe alle deroghe". Tutto questo non fa che rallentare e rendere più complessa l'attività delle Stazioni Appaltanti e delle imprese e depotenziare la leva della domanda pubblica per il rilancio dell'economia italiana;
- **la possibilità di spostare in avanti l'entrata in vigore del Codice, prevista per il 31.03.2023**, sarebbe quanto mai opportuna. Si tratta di un profilo a nostro avviso particolarmente sensibile. Come la storia del Codice dei contratti dimostra, la stabilità del quadro normativo è un fattore indispensabile e lo è quindi, a maggior ragione, in vista dell'attuazione del PNRR. È noto a tutti l'inevitabile rallentamento del mercato degli appalti nei mesi immediatamente successivi all'emanazione di un nuovo testo di legge. Occorre evitare uno shock regolatorio, un'eccessiva discontinuità rispetto al PNRR, nel momento peraltro di sua massima attuazione, che rischierebbe di rallentare, se non addirittura bloccare l'esecuzione delle opere. Una *vacatio legis* di 12 mesi, opportunamente negoziata con le Istituzioni europee, consentirebbe a tutti gli operatori coinvolti di acquisire dimestichezza e conoscenza delle novità e rappresenterebbe una misura di buon senso nell'ottica della sollecita attuazione del Piano italiano. Attendiamo sviluppi nelle prossime interlocuzioni, segnalando però fin d'ora l'importanza del tema;
- **disegnare e soprattutto attuare un vero modello di Governance del Codice Appalti che sia in grado** di effettuare una costante ricognizione sullo stato di attuazione delle norme e sulle eventuali difficoltà che potranno riscontrare le stazioni appaltanti nella fase di applicazione, è essenziale anche al fine di proporre soluzioni correttive e di miglioramento. Ribadiamo ancora una volta che la Governance sarà in questo contesto ancora più determinante per monitorare cambiamenti così importanti come la

digitalizzazione dell'intero ciclo di vita degli appalti e la qualificazione delle stazioni appaltanti.

Di seguito si riportano le osservazioni puntuali all'articolato su alcuni temi ritenuti prioritari:

1. Profili positivi

DIGITALIZZAZIONE

La spinta alla digitalizzazione appare l'elemento centrale del nuovo Codice e strumento indispensabile per arrivare a un'effettiva semplificazione delle procedure.

Confindustria ha sempre sostenuto che per **spendere di più e spendere meglio** fosse necessario disporre di **organizzazioni pubbliche strutturate con personale competente** - da attuare attraverso la Qualificazione delle Stazioni appaltanti - e **digitalizzare l'intero processo degli appalti** e della gestione contrattuale con tecnologie e sistemi efficienti in grado di gestire dati interoperabili e facilmente accessibili.

Un esempio concreto disciplinato dall'art. 24 è quello del **Fascicolo virtuale dell'operatore economico** (FVOE) che, attraverso un sistema di cooperazione applicativa tra ANAC e gli Enti Certificatori, permette l'acquisizione delle certificazioni comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario e il riuso dei documenti presenti nel FVOE per la partecipazione a più procedure di affidamento.

Evidenziamo però che diverse stazioni appaltanti segnalano quanto l'innovazione risulti al momento un esercizio a metà, in assenza di interoperabilità e di disciplina antimafia.

QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI E DELLE CENTRALI DI COMMITTENZA (ART. 63)

È in questo ambito che si gioca una delle riforme più attese e tante volte richiamate da Confindustria, e cioè la **qualificazione delle stazioni appaltanti**.

Lo scopo del provvedimento, previsto peraltro dall'attuale D. Lgs. 50/2016 e mai attuato, è quello di arginare l'eccessiva frammentazione, nonché i deficit organizzativi e di professionalità che caratterizzano il panorama delle stazioni appaltanti. Come ricordato in precedenza, uno dei fondamenti della fiducia verso il sistema degli appalti, è la professionalità dei funzionari pubblici e la loro esperienza nella predisposizione ed esecuzione delle procedure di gara.

Non si tratta quindi di ridurre il numero di stazioni appaltanti per penalizzare le Amministrazioni che non saranno in grado di qualificarsi, ma di concentrare le attività in un numero adeguato di organizzazioni che siano in grado di disporre di personale preparato, di processi e procedure efficienti, di competenze tecniche e non solo amministrative e di tecnologie digitali a supporto dell'intero ciclo di vita degli appalti.

L'impressione però è che si proceda ad un progressivo "annacquamento" della riforma della qualificazione delle stazioni appaltanti.

2. **Profili di criticità**

PROCEDURE PER L’AFFIDAMENTO (art. 50)

L’innalzamento stabile delle soglie per l’affidamento diretto a 140.000 € per servizi e forniture è una modifica su cui non si può che esprimere un giudizio negativo, in quanto tali soglie vanno, in sostanza, a danneggiare soprattutto le piccole e medie imprese che possono partecipare più agevolmente proprio alle gare piccole.

Il principio dell’efficienza e del risultato lo si persegue riducendo il contenzioso, facilitando l’avvicendamento degli affidatari nelle varie fasi, approntando percorsi di validità di procedure con un solo concorrente, non abolendo in partenza la concorrenza.

Per i servizi e le forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria ed architettura, si ritiene opportuno ridurre la soglia dei **140.000 euro portandola a 80.000 euro**, a maggiore tutela della trasparenza degli affidamenti.

REVISIONE PREZZI (art. 60)

L’introduzione delle clausole di revisione dei prezzi deve mirare a rendere effettivo il principio dell’equilibrio contrattuale (art. 9).

Sul punto lo schema di decreto compie un notevole passo in avanti, superando – da un lato – l’incertezza circa l’inserimento di clausole revisionali all’interno dei contratti attraverso la previsione di **un obbligo generalizzato di revisione prezzi** in tutti i settori (lavori, forniture e servizi) e – dall’altro – introducendo tra i principi generali che precedono il codice quello della **“conservazione dell’equilibrio contrattuale”**.

Il primo aspetto critico è l’individuazione di una soglia di rilevanza del (5%) che si ritiene eccessivamente alta per tutti i tipi di contratti pubblici, cioè lavori, servizi e forniture.

Ciò premesso, in concreto, pur accettando il principio di un’alea normale di rischio, riteniamo necessario che vengano individuate soglie idonee per accedere alla revisione dei prezzi tenendo conto delle specifiche esigenze di tutti i settori, soprattutto di quei contratti di lunga durata e indicizzati a valori dell’ISTAT o dell’ANAC, che variano ma in maniera non così significativa.

Si osserva, infatti, che, nella modalità ordinaria alla quale eravamo abituati, gli indici ISTAT - come ad esempio il FOI - si modificano ma con percentuali del 1%, del 2% e, solo in casi straordinari, come quelli verificatisi a cavallo tra 2021 e 2022, gli indici fanno registrare aumenti più significativi.

Peraltro, partendo oggi da un ISTAT molto alto, le variazioni nei prossimi anni - al netto di una pressione inflazionistica alta e perdurante - non potranno che essere negative, pertanto si vanificherebbe ogni tipo di intervento revisionale sul prezzo.

L’altro aspetto che desta preoccupazione riguarda il riferimento agli “*indici sintetici*” (*..*) approvati dall’ISTAT con proprio provvedimento entro il 30 settembre di ciascun anno”, che dovranno essere utilizzati per la rilevazione delle variazioni di prezzo.

Ciò che si teme, tra l'altro, è quanto evidenziato nella relazione illustrativa, ossia che l'ISTAT – sebbene garantisca adeguata terzietà ed imparzialità, oltre che autorevolezza, nelle rilevazioni – non sia attualmente in possesso dei dati necessari a garantire una mappatura efficace in tutti i settori, ivi compresi quelli di servizi e forniture. Per questi ultimi, il rischio concreto è di una disapplicazione, nei fatti, della nuova disciplina.

CLAUSOLE DI ESCLUSIONE (artt. 94- 95)

Lo schema disciplina le ipotesi di esclusione dell'operatore economico in presenza, tra le altre, di violazioni fiscali definitivamente accertate e non definitive. Al riguardo, osserviamo che le disposizioni contenute negli articoli 94 e 95 dello schema del decreto, nonché nel relativo allegato II.10, riproducano, sostanzialmente, l'impianto del previgente Codice degli appalti (combinato disposto dell'art. 80, comma 4 DLGS n. 50/2016 e del DM 28 settembre 2022 relativo alle violazioni fiscali non definitive).

Tale scelta, se da un lato consentirà alle imprese una più facile transizione al "nuovo" Codice degli appalti – anche considerati gli stringenti tempi di entrata in vigore della disciplina - , dall'altro rappresenta, però, un'occasione perduta per superare le criticità preesistenti ed allineare la disciplina italiana in materia di appalti alle disposizioni contenute nelle direttive europee (Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE).

In primo luogo, infatti, si conferma il riferimento alla soglia di gravità per le violazioni definitivamente accertate di 5 mila euro (ex art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del DPR n. 602/1973), un importo significativamente basso che pone forti dubbi sul rispetto del **principio di proporzionalità**. Ricordiamo che la Direttiva 2014/23/UE, riconosce ai singoli Stati membri la facoltà di prevedere una deroga all'esclusione obbligatoria nei casi in cui la stessa sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare nei casi in cui le violazioni riguardino ridotti importi di imposte e contributi previdenziali.

Si poteva seguire la soluzione adottata con riguardo alle violazioni non definitive, dove il legislatore ha più correttamente individuato tale soglia di gravità come percentuale del valore dell'appalto (10%) al fine di valorizzare la ratio della norma di tutelare i soggetti che presentano profili di affidabilità e di solvibilità finanziaria adeguati alla corretta esecuzione dei lavori.

Diversamente, con riferimento alla citata disciplina delle violazioni non definitive (art. 95, comma 2) sarebbe opportuno modificare la locuzione "*la stazione appaltante esclude*", che non risulta conferente con la disciplina delle cause di esclusione "facoltativa": spetta, infatti, alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, secondo un giudizio di proporzionalità, anche in presenza di superamento della predetta soglia, la decisione sulla esclusione dalle gare di appalto dell'operatore economico.

Infine, il legislatore ha ommesso di recepire la seconda parte dell'art. 57, paragrafo 3, della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui l'esclusione da una procedura di appalto può essere evitata qualora l'operatore economico non abbia potuto provvedere a regolarizzare la sua posizione fiscale (pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare) prima della presentazione della domanda di partecipazione poiché ha avuto conoscenza della sua posizione solo in un momento successivo.

Per tali ragioni, proponiamo di prevedere - sia per le violazioni definitive, che per quelle non definitive - l'esonero dalla disciplina di esclusione nell'ipotesi in cui l'operatore fornisca la prova che le misure da lui adottate siano sufficienti a dimostrare la sua affidabilità ai sensi dell'art. 96, comma 6 (c.d. clausola self-cleaning).

Rimanendo in tema di clausole di esclusione non automatiche, lo schema di decreto contempla anche l'ipotesi in cui l'operatore economico abbia commesso un illecito professionale grave, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. Al riguardo, si prevede che, ai fini della rilevanza dell'illecito professionale, possa essere sufficiente anche la sua mera contestazione e, tra le fattispecie considerate, figurano anche tutti i reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti, ex D. lgs. n. 231/2001.

Al riguardo e aldilà del rinvio ampio e generico a tutti i reati 231, si segnala anzitutto che la Direttiva UE prevede, ai fini dell'esclusione, che l'operatore economico si sia reso colpevole di un illecito professionale. Pertanto, contemplare la possibile esclusione anche in presenza della mera contestazione del reato, configura un'estensione della disciplina rispetto al perimetro tracciato dall'atto europeo, oltre a sollevare qualche dubbio in ordine al rispetto del principio generale di non colpevolezza.

In ogni caso, anche a voler considerare un'anticipazione della soglia di rilevanza al momento della contestazione dell'illecito, appare quantomeno necessario intervenire sui mezzi di prova indicati nello schema come rilevanti e adeguati e dai quali la stazione appaltante può far discendere il giudizio di gravità. In particolare, appare opportuno escludere dal relativo elenco, gli atti che siano espressione della determinazione unilaterale del pubblico ministero, ovvero quelli attraverso i quali il PM esercita l'azione penale. Appare, infatti, fondamentale che, in considerazione della potenziale esclusione dell'operatore dalla gara e nel rispetto dei generali principi di proporzionalità e ragionevolezza, un effetto così penalizzante consegua a un atto assunto da un giudice terzo.

CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI (art. 108)

Merita uno specifico approfondimento l'articolo 108 che introduce alcune modifiche rilevanti che possono aprire, nell'ottica del risparmio della spesa pubblica - come previsto nei principi cardini di questo nuovo Codice - una continua corsa al ribasso come elemento strutturale degli acquisti: il venire meno del tetto massimo per l'attribuzione del punteggio economico entro il limite fissato del 30% rischia di aprire ad aggiudicazioni basate esclusivamente sulla componente del prezzo perché il dinamismo e la discrezionalità che la relazione tecnica all'articolo evidenzia, risulta applicabile in linea astratta ma nel concreto si andrà verso una notevole riduzione dell'elemento qualitativo.

Il riferimento del 30% infatti era stato inserito proprio per calmierare il verificarsi di questa situazione di sproporzionalità tra ribasso e qualità, ma nonostante il limite abbiamo sempre assistito a formule che valorizzavano i ribassi piuttosto che la qualità.

Pertanto, ravvisiamo che sia più opportuno mantenere un bilanciamento fisso tra qualità/prezzo, passando dal 70%-30% all'80%-20% a garanzia della valorizzazione degli elementi qualitativi dell'offerta.

OFFERTE ANOMALE (art. 110)

Sarebbe auspicabile prevedere che i maggiori costi della sostenibilità ambientale siano inderogabili in sede di offerta, alla stregua dei minimi salariali e dei costi per la sicurezza dei lavoratori. Infatti, l'articolo 110 rubricato come "offerte anormalmente basse" prevede l'assenza di giustificazione per i minimi salariali e per gli oneri sulla sicurezza, in questo modo esclude queste due voci dai ribassi che l'azienda farà per aggiudicarsi la gara.

Dal momento che le aziende sono tenute ad investire in sostenibilità ambientale e che l'applicazione dei CAM dovrà essere valorizzata economicamente nella gara, sarebbe opportuno far rientrare i costi della sostenibilità ambientale nell'articolo 110, comma 4, come una voce inderogabile al pari dell'applicazione del contratto e della sicurezza sul lavoro.

3. Ulteriori proposte

SUPPORTI DI PROJECT MANAGEMENT PER OPERE OLTRE 20 MILIONI

Si ritiene opportuno promuovere l'utilizzo da parte dei RUP di **incarichi di supporto aventi ad oggetto attività come quelle riconducibili alla nozione di *project management***, essenziali per il ferreo controllo di tempi e costi e per assicurare la massima efficacia della spesa pubblica.

Si stima infatti che l'utilizzo nel campo privato di tali supporti garantisca una riduzione degli extra costi di un appalto nell'ordine del 25/30 per cento. Si prevede in particolare un obbligo in tale senso per interventi di importo superiore alla soglia dei 20 milioni di euro. Con questa modalità il RUP potrà avere al suo fianco un soggetto in grado di fornire competenze che lo possano aiutare nei compiti soprattutto di gestione delle commesse. Si tratta di "importare" standard del mercato internazionale e del mercato privato, per raggiungere la maggiore efficienza del processo a supporto della PA, necessitata dalla sempre maggiore complessità degli interventi, anche connessi all'attuazione del PNRR.

CESSIONE DEI CREDITI VANTATI VERSO LA PA

La nuova riforma del Codice Appalti, anche in ottica di PNRR, non dovrebbe perdere l'occasione di rivedere le disposizioni sulla **cessione dei crediti** vantati verso la Pubblica Amministrazione con una logica di semplificazione per facilitare l'accesso al credito per le imprese. Questa semplificazione, più facile grazie anche all'ormai diffuso obbligo della fatturazione elettronica, si traduce prioritariamente in:

- superamento delle rigidità e delle formalità burocratiche, consentendo la stipula mediante scrittura privata e comunicazione mediante piattaforma crediti commerciali (PCC) per tutte le cessioni di crediti verso PA;
- superamento del privilegio della PA di rifiuto della cessione. Per il debitore ceduto dovrebbe essere indifferente il soggetto a cui pagare la propria obbligazione,

posto che al cessionario possono essere opposte tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto;

- limitazione o abolizione del ricorso alle clausole di incedibilità dei crediti commerciali, che impediscono alle imprese di smobilizzare i propri crediti.

Non risulta pertanto applicata alle cessioni dei crediti nessuna delle parole chiave (digitalizzazione, semplificazione, accelerazione) che guidano la riforma, lasciando in vigore previsioni normative anacronistiche (art. 106) sia sotto il profilo delle formalità richieste, facilmente sostituibili dal ricorso a strumenti digitali e tecnologici più economiche, semplici, veloci e trasparenti, che sotto il profilo della sperequazione delle tutele a favore del debitore pubblico a scapito della tutela dell'impresa fornitrice.